Die

zivilrechtliche Verantwortlichkeit

der Beamten

aus

rechtswidrigen Amtshandlungen gegenüber Privaten und gegenüber dem Staate

mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechtes

DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde von der juristischen Fakultät der Universität Freiburg in der Schweiz

vorgelegt von

L. ALBERT GESER
GOSSAU (Kt. St. Gallen).

Gossau (St. Gallen)
Buchdruckerei J. G. Cavelti-Hangartner
1898.

Die

zivilrechtliche Verantwortlichkeit

der Beamten

aus

rechtswidrigen Amtshandlungen gegenüber Privaten und gegenüber dem Staate

mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechtes.

DISSERTATION

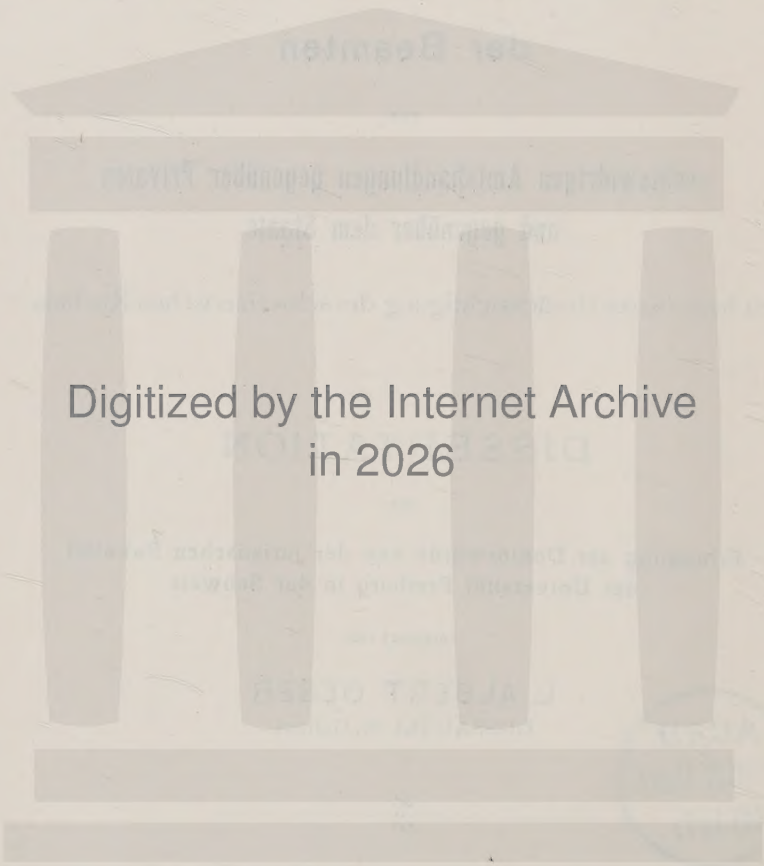
zur

Erlangung der Doktorwürde von der juristischen Fakultät der Universität Freiburg in der Schweiz

vorgelegt von

L. ALBERT GESER
GOSSAU (Kt. St. Gallen).

Gossau (St. Gallen)
Buchdruckerei J. G. Cavelti-Hangartner
1898.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545307_0052

Dem Andenken

meines verehrten, unvergesslichen Onkels

Hrn. Bezirksrichter P. L. Braegger-Lanter sel.

in **Gossau** (St. Gallen)

in dankbarer Liebe gewidmet

Vom Verfasser.

Abkürzungen.

O. R.	bedeutet	Obligationenrecht.
B. G.	„	Bundesgesetz.
V. G.	„	Verantwortlichkeitsgesetz.
O. G.	„	Obergericht.
E. B. G.	„	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtes.
Z. Sch. R.	„	Zeitschrift für schweizerisches Recht.
R. O. T. F.	„	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral.
Z. B.	„	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.
J. T.	„	Journal des Tribunaux (Lausanne).

Einleitung.

Begrenzung der Aufgabe.

Das Wesen des Rechtsstaates beruht auf dem Grundsatze, dass die Verwaltung sich innerhalb der Schranken der Rechtsordnung bewege. Diese Fundamentalforderung des Rechtsstaates bringt als Correlat die andere mit sich, dass die Interessen jeder einzelnen der Staatsgewalt unterworfenen Privatperson wie gegen gesetzwidrige Handlungen anderer Privater, so auch gegen gesetzwidrige Eingriffe der Verwaltung wirksamen Schutz finden. Daher wird die Verantwortlichkeit der Organe der Staatsverwaltung, d. h. der Beamten, für die Gesetzmässigkeit ihrer Amtshandlungen als das Palladium des Rechtsstaates angesehen. [1]

Zur Einschränkung dieses Postulates sowohl hinsichtlich der materiellrechtlichen Seite der Verantwortlichkeit, als auch hinsichtlich der formellrechtlichen Seite, der gerichtlichen Verfolgbarkeit, kommen zwei Momente in Betracht.

Das erste Moment materieller Natur bezieht sich auf die notwendige Centralisation der Geschäftsleitung in der Staatsverwaltung, vermöge deren die vorgesetzten Behörden die Amtsführung der ihnen Untergebenen zu leiten, die Letzteren aber den Anweisungen jener Folge zu leisten haben. [2]

---

[1] Freund im Archiv für öffentliches Recht, Bd. I, Heft 1, S. 108.

[2] Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, II., § 68, Seite 222.

Während nämlich die Privatperson in ihren Entschliessungen grundsätzlich frei, an keinen Willen gebunden erscheint, somit auch für die Folgen ihrer Handlungen nach Massgabe der Rechtsordnung uneingeschränkt verantwortlich ist, bewirkt die Rücksicht auf die Centralisation der Verwaltung und auf die dadurch bedingte Gebundenheit des Willens des von der höheren Stelle angewiesenen Beamten eine Beschränkung seiner Prüfungspflicht und folgeweise eine entsprechende Beschränkung der Verantwortlichkeit.

Das zweite formellrechtliche Moment richtet sich gegen die Gleichstellung der gerichtlichen Verfolgbarkeit des Beamten aus Amtsverletzungen mit der gerichtlichen Verfolgbarkeit der Privatperson. Der Grundsatz der materiellrechtlichen Verantwortlichkeit des Beamten wird eingeschränkt, bezw. in seiner praktischen Verwirklichung erschwert durch die Kompetenz der vorgesetzten Verwaltungsbehörde, über die Eröffnung des Rechtsweges zu entscheiden. Dabei ist der Gesichtspunkt massgebend, dass der Beamte gegen vexatorische Klagen und Denunziationen geschützt werden müsse.

Die Verletzung der dem Beamten obliegenden Pflichten kann Rechtsfolgen dreifacher Art herbeiführen, nämlich disziplinarische, strafrechtliche und zivilrechtliche. Die drei Arten von Rechtsfolgen schliessen sich häufig nicht gegenseitig aus, sie stehen nicht in alternativer Konkurrenz, sondern sie können gleichzeitig neben einander eintreten, wofern in dem pflichtwidrigen Verhalten des Beamten die Voraussetzungen für alle drei Arten von Rechtsverletzungen enthalten sind.

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit steht ausserhalb des Rahmens unserer Untersuchung. Die disziplinarrechtliche Seite der Beamtenverantwortlichkeit werden wir nur insoweit berühren, als sie für die richtige Konstruktion des Begriffes der Recht- und Gesetzmässigkeit der Amtshandlungen notwendig erscheint. Gegenstand unserer Abhandlung bildet

demnach die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten.

Diese kann eintreten entweder auf Grund eines Kontraktes (kontraktliche Haftung) oder ausserhalb eines Vertrages oder vertragsähnlichen Verhältnisses (Haftung aus ausserkontraktlicher culpa — sogen. aquilische Haftung). Nur die letztere Haftung fällt für diese Abhandlung in Betracht; sie wird begründet durch den Schaden, welchen Beamte in Ausübung ihrer Amtshandlungen einer Privatperson oder dem Staate (Fiscus) in rechtswidriger Weise zugefügt haben.

Es ist zu unterscheiden zwischen der persönlichen Ersatzpflicht der Beamten und Angestellten und der Haftpflicht des Staates (bezw. der Gemeinde u. s. w.) für den von denselben in Ausübung ihres Amtes verursachten Schaden. Somit fällt hier ausser Betracht die Haftpflichtfrage in Fällen, wo der Staat ein Gewerbe betreibt.[1]

---

[1] Es besteht kein Zweifel in der Jurisprudenz, dass der Staat in diesen Fällen wie ein privater Dienstherr haftet. Es ist aber wohl auf die richtige Interpretation der Bezeichnung „Gewerbebetrieb" zu achten. So hat z. B. das Bundesgericht am 19. Februar 1892 entschieden, „der Beschluss der Aufnahme eines Kranken in eine öffentliche Irrenanstalt enthält nicht die Eingehung eines privatrechtlichen Dienstvertrages, sondern qualifiziert sich als ein Akt staatlicher Verwaltung. Oeffentliche Irrenanstalten sind keine gewerblichen Unternehmungen, sondern ihr Zweck ist ein öffentlicher, einerseits humanitärer und polizeilicher, anderseits wissenschaftlicher." (Revue der Gerichtspraxis, Basel, 1892, X., Nr. 55.)

Das unterscheidende Merkmal des staatlichen Gewerbebetriebes gegenüber der Amtstätigkeit liegt nicht im fiskalischen Finanzinteresse allein, weil auch beim staatlichen Gewerbebetrieb zugleich öffentliche Interessen verfolgt werden können (wie z. B. beim Post-, Telegraphen- und Eisenbahnwesen). Bei der Betätigung von Hoheitsrechten ergibt sich aber die Wirksamkeit des Staates aus der rechtlichen Natur, nicht aus blossen Zweckmässigkeitsgründen politischer oder volkswirtschaftlicher Erwägungen (wie etwa bei monopolisierten Betrieben). Massgebend für den Gewerbebegriff bleibt allein die gleichmässige Vornahme

Gemäss der gestellten Aufgabe werden wir uns aber auch mit der (direkten und subsidiären) Haftung des Staates aus rechtswidrigen (nicht einem Gewerbebetrieb angehörigen) Amtshandlungen seiner Beamten nicht zu beschäftigen haben. [1]

Es fällt damit selbstredend auch die besondere Art von Haftpflicht des Staates, die Frage der Entschädigungspflicht des Staates für unschuldig erlittene Untersuchungs- oder Strafhaft aus Verschulden seiner Beamten ausser Behandlung. In welchem Umfange Bundes- und Kantonalgesetzgebung die Frage der primären und subsidiären Haftung des Staates geregelt haben (wenigstens bis zum Jahre 1888) hat Gerichtspräsident Ziegler in Schaffhausen ausführlich zusammengestellt in seinem Referate am schweiz. Juristentag in Neuenburg (1888) über: „Die (direkte und subsidiäre) Haftung des Staates und der Gemeinden für Versehen und Vergehen ihrer Beamten und Angestellten. [2]

So soll denn die vorliegende Arbeit in erster Linie die juristischen Grundlagen der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der Beamten, und zwar in ihren zweifachen Rechtsbeziehungen, dem Privaten und dem Staate gegenüber, dar-

---

von Rechtsgeschäften und tatsächlichen Vorkehrungen zur Erreichung eines wirtschaftlichen (pekuniären) Erfolges für den Unternehmer. (Vergl. Laband a. a. O. II. 51 ff.)

[1] Das schweizer. Bundesgericht stellt sich auf den Standpunkt, dass eine Haftung des Staates für Delikte, welche kantonale Staatsbeamte in Besorgung öffentlicher Verwaltungszweige begehen, nicht bestehe, sofern nicht das kantonale Zivil- und Staatsrecht etwas anderes festsetzt. E. B. G. XII. 233 und XVIII. 393.

Wohl die beste und ausführlichste Untersuchung über die Haftpflicht des Staates in historischer und dogmatischer Beziehung enthält die Schrift von Dr. E. Löning: „Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Amtshandlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht.“ Dorpat 1879.

[2] Z. Sch. R., Bd. VII, N. F., Seite 481 ff.

legen und weiterhin ausführen, in welcher Weise insbesondere die schweizer. Bundes- und Kantonalgesetzgebung die Frage der zivilrechtlichen Beamten-Verantwortlichkeit nach ihrer materiellen und formellen Seite hin geregelt haben.

Die schweizerischen Rechtsquellen.

Unser Obligationenrecht sagt in seinem ersten Titel, Kapitel II, „Unerlaubte Handlungen", Art. 64, al. 1: „Ueber die Ersatzpflicht für Schaden, welchen öffentliche Beamte oder Angestellte in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, können Bundes- und Kantonsgesetze abweichende Bestimmungen aufstellen".

Nach dem Wortlaut dieses Artikels ist somit dem Bunde und den Kantonen volle Freiheit gelassen, die Haftbarkeit ihrer Beamten aus rechtswidrigen Amtshandlungen zu regeln, und zwar steht ihnen diese Befugnis bezüglich des ganzen Kapitels „Unerlaubte Handlungen" zu, wie dies die französische Fassung ausdrücklich besagt: „Les lois fédérales ou cantonales peuvent déroger aux dispositions du présent chapitre".[1] Immerhin ist hervorzuheben, dass nur abweichende Bestimmungen aufgestellt werden „können". Wo daher zur Zeit des Inkrafttretens des O. R. derartige besondere gesetzliche Bestimmungen nicht existierten, gelten die Vorschriften dieses Abschnittes auch für öffentliche Beamte solange, bis es dem Bunde oder den Kantonen beliebt, andere Bestimmungen zu treffen.

Die Bundesgesetzgebung hatte schon vor dem Inkrafttreten des O. R. die Haftbarkeit der eidgen. Beamten in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen auf Grund von Art. 110 der früheren, wörtlich gleichlautend mit Art. 117 der heute geltenden Bundesverfassung, durch das Gesetz

[1] Vergl. E. B. G., X., 383, XII., 714, XVI., 253, XVIII., 503.

über Verantwortlichkeit der eidgen. Behörden und Beamten vom 9. Dezember 1850 geregelt. Dieses Gesetz ist durch das O. R. nicht aufgehoben worden. Da der Bund berechtigt ist, in Gemässheit von Art. 64, al. 1, vom O. R. abweichende Bestimmungen aufzustellen, so steht ihm selbstredend auch frei, die bestehenden Vorschriften über Beamtenverantwortlichkeit beizubehalten. In Gemässheit von Art. 64, Abs. 1, O. R., sind auch die Kantone berechtigt, von früher her bestandene, vom O. R. abweichende Vorschriften beizubehalten (Zürch. App. K. x 83, Ansicht der Minderheit, i. S. Braunschweig c. Meier). Daneben hat der eidg. Gesetzgeber auch für kantonale Beamte Haftbarkeitsbestimmungen aufgestellt, so im Bundesgesetze betr. den Zivilstand und die Ehe vom 24. Dezember 1874 [1] und im Bundesgesetze über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 5—7.

Wie im Bunde (Bundesverfassung Art. 117), so ist sozusagen auch in allen Kantonen das Prinzip der Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten ausgesprochen. Als Konsequenz dieses Prinzips besteht sodann der zivilrechtliche Schadenersatz-Anspruch gegen die ihre Amtspflicht verletzenden Mitglieder von Behörden und Beamten.

Im Kanton Glarus fehlt eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift, hingegen herrscht doch die Praxis, dass die Beamten für fahrlässige Dienstverrichtungen oder böswillige Handlungen verantwortlich sind und direkt belangt werden können. [2]

In andern Kantonen ist dagegen die Schadenersatzpflicht gegenüber Drittgeschädigten nur für einzelne besondere

---

[1] Art. 58, Bg. cit.: „Die Zivilstandsbeamten haften den Beteiligten für allen Schaden, welchen sie durch Vernachlässigung oder Verletzung ihrer Pflicht zufügen."

[2] Schreiben der Regierungskanzlei des Kantons Glarus an den Verfasser vom 12. März 1895.

Fälle festgesetzt; unter Vorbehalt dieser Fälle, sowie unter Vorbehalt des Falles strafrechtlicher Verfolgung muss daher für diese Kantone die Nichtexistenz weiterer zivilrechtlicher Verantwortlichkeit der Beamten angenommen werden.

So statuiert Appenzell A.-Rh. nur eine Haftbarkeit der Mitglieder des Gemeinderates als Vormundschaftsbehörde [1] und eine subsidiäre Haftbarkeit der Gemeinden gegenüber dem Kanton für Schaden, welcher von Betreibungsbeamten und deren Stellvertretern durch ihr Verschulden verursacht wird; [2] ein verfassungsrechtlicher Grundsatz hingegen, welcher allgemein die Beamten für rechtswidrige Amtshandlungen zivilrechtlich verantwortlich erklären würde, besteht in diesem Kantone nicht. Die Idee steht aber unter den gesetzgeberischen Postulaten und werden zweifelsohne bei einer Verfassungsrevision die nötigen Bestimmungen aufgenommen. [3]

Appenzell I.-Rh. hat das Prinzip der Verantwortlichkeit nur für Verwaltungsbeamte in Art. 11, lemma 2 der Verfassuug von 1872 ausgesprochen, der lautet: „Die Verantwortlichkeit jedes Verwaltungsbeamten erstreckt sich bis zur Rechnungseingabe".

Tessin enthält in der Verfassung keine Bestimmung über Beamtenverantwortlichkeit.

Die Verfassung des Kt. Genf erklärt in Art. 93 nur die Mitglieder des Staatsrates für schädigende Amtshandlungen verantwortlich.

---

[1] Vormundschaftsgesetz § 26.

[2] Vollziehungsgesetz zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, § 6.

[3] Bericht und Antrag an den h. Kantonsrat betr. die Motion Hofstetter, S. 9, I., „Zur Verfassungsrevision", wo u. A. auch der Erlass eines Beamtenverantwortlichkeitsgesetzes vorgesehen ist. Beide kantonalen Instanzen haben daher in einem Falle ohne weiteres die Bestimmungen des O. R. angewendet. E. B. G. XVI. 802.

Als verfassungsrechtlichen Grundsatz stellen folgende Kantone die zivilrechtliche Schadensersatzpflicht der Beamten auf:

Zürich	Verfassung	von	1869, Art. 10.
Bern	„	„	1893, „ 15.
Luzern	„	„	1875, § 16.
Uri	„	„	1830, Art. 17.
Schwyz	„	„	1876, § 17.
Nidwalden	„	„	1877, Art. 7, Abs. 2.
Obwalden	„	„	1867, „ 20.
Zug	„	„	1876, § 16. 1893, § 19.
Freiburg	„	„	1858, Art. 58, 73.
Solothurn	„	„	1885, „ 7.
Baselstadt	„	„	1889, § 9.
Baselland	„	„	1892, § 29.
Schaffhausen	„	„	1876, Art. 30.
St. Gallen	„	„	1890, „ 108.
Graubünden	„	„	1892, „ 44.
Aargau	„	„	1885, „ 8.
Thurgau	„	„	1869, § 20.
Waadt	„	„	1885, Art. 67.
Wallis	„	„	1876, „ 44.
Neuenburg	„	„	1858, „ 21.

In den meisten der vorgenannten Verfassungs-Bestimmungen ist der Erlass eines Ausführungsgesetzes vorgesehen, nur wenige Kantone besitzen indes ein solches Gesetz.

In Graubünden wurde infolge eines Beschlusses des Grossen Rates vom 5. Juni 1893 von einer Spezialkommission ein Entwurf zu einem bündnerischen Verantwortlichkeitsgesetz, dem Art. 44 der Verfassung ruft, ausgearbeitet; dasselbe blieb jedoch im Stadium der Beratung liegen und gelangte nicht an den Grossen Rat.[1]

[1] Zuschrift der Staatskanzlei des Kantons Graubünden vom 28. Februar 1895 an den Verfasser.

Auch der Kanton Aargau hat den Programmartikel 8 der Verfassung noch nicht zur Ausführung gebracht, obgleich wiederholt schon durch die Verfassung von 1852 der Erlass eines solchen Gesetzes „mit Beförderung“ verlangt wurde und der Grosse Rat im Jahre 1886 den Regierungsrat aufgefordert hatte, die Verfassung in dieser Beziehung zu vollziehen.

In Baselstadt ist anlässlich der Behandlung des Verwaltungsberichtes für 1892 von der betreffenden Prüfungskommission die Vorlage eines Ausführungsgesetzes zu § 9 der Verfassung angeregt und auf Grund des Berichtes der Prüfungskommission für 1893 der Regierungsrat am 3. November 1894 eingeladen worden, zu prüfen und zu berichten, ob nicht zu § 9 der Verfassung ein Ausführungsgesetz zu erlassen sei.

Die Justizkommission hat sich dann entschlossen, über einen Entwurf zu einem solchen Gesetz zu beraten. Als man aber zur Beratung schritt, fand man den Entwurf teils zu summarisch, teils mit bestehenden Spezialgesetzen nicht harmonierend und schliesslich kam die Mehrheit dazu, man wolle im Sinne des Gutachtens von Prof. Dr. v. Salis an den Regierungsrat und an den Grossen Rat berichten, dass der Erlass eines Ausführungsgesetzes zu § 9 der 1889er Verfassung nicht notwendig erscheine, indem das O. R. eine genügende gesetzliche Grundlage für die Regelung der Beamtenverantwortlichkeit bilde.[1]

Das Verantwortlichkeitsgesetz, welches der Kanton Zug im § 19 der Verfassung von 1894 vorsieht, ist auch

[1] Siehe Bericht der Prüfungskommission über den Verwaltungsbericht des Regierungsrates und des Appellationsgerichtes vom Jahre 1893, S. 6 und 7, vom Jahre 1894, S. 6 und 7.

Dr. v. Salis: Erörterungen zu § 9 der baselstädtischen Kantonsverfassung vom 2. Dezember 1889.

Zuschrift des Justizdepartements vom 20. Juni 1896 an den Verfasser.

noch nicht zur Ausführung gekommen, steht aber unter den Postulaten des Kantonsrates. [1]

Die Behandlung der zivilrechtlichen Beamtenverantwortlichkeit kann selbstverständlich mit grösserer oder geringerer Ausdehnung auch die einzelne Beamtenkategorien treffenden Sonderbestimmungen umfassen. Besondere Bestimmungen betreffend Haftbarkeit sind enthalten in mehreren kantonalen Gesetzen betreffend Schädigungen verursacht durch Vormundschaftsbehörden und Hypothekarbeamte. Wir werden dieselben, soweit sie gegenüber den allgemeinen Grundsätzen der Haftbarkeit eine gewisse Eigenartigkeit aufweisen, zur Darstellung heranziehen, im übrigen können wir diese Sonderbestimmungen um so eher hier ausscheiden, als sie (so die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe und zum Teil der Hypothekarbehörden und Beamten) im schweiz. Privatrecht von Huber behandelt sind. [2]

Die Verantwortlichkeit der Betreibungsbeamten sodann nach kantonalem Rechte und dem Entwurfe zum Bundesgesetze über Schuldbetreibung und Konkurs bildete unter anderem Gegenstand eines Referates für die Jahresversammlung des schweizer. Juristenvereins in Bellinzona im Jahre 1887. [3]

Wo ein Ausführungsgesetz zu den angerufenen Verfassungsbestimmungen über Verantwortlichkeit von Beamten fehlt und wo auch nicht einzelne Beamtenkategorien eine besondere Regelung der Verantwortlichkeit erfahren, da müssen, sofern und soweit die Verfassungsbestimmung nicht bloss die Bedeutung eines Programmartikels hat, für die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der öffentlichen Behörden

---

[1] Zuschrift der Gerichtskanzlei Zug vom 16. August 1895 an den Verfasser.

[2] Huber: Bd. III, pg. 52 ff., Bd. I, pg. 733 ff.

[3] Reichel: „Das Betreibungsamt im schweizer. Rechte"; Z. Sch. R., Bd. VI., N. F., pg. 567 ff.

und Beamten Drittpersonen gegenüber die Vorschriften der Art. 50 ff., O. R., als massgebend betrachtet werden.

Mehr oder weniger ausführliche Bestimmungen über die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Behörden und Beamten besitzen nur folgende Kantone:

Zürich: Privatrechtliches Gesetzbuch 1887, §§ 416 bis 424, Bestimmungen, die fast unverändert aus der älteren Redaktion des Gesetzbuches der Fünfzigerjahre herübergenommen worden sind.

Bern: Gesetz über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Behörden und Beamten vom 19. Mai 1851.

Luzern: Gesetz über die Verantwortlichkeit von Behörden und Beamten vom 10. September 1842.

Obwalden: Gesetz über die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und Angestellten vom 13. November 1869.

Freiburg: Gesetz über die Gerichts-Organisation vom 26. Mai 1848, Zivilprozessordnung vom 12. November 1849 und Verantwortlichkeitsgesetz vom 5. Oktober 1850. Loi du 16. Mai 1874 sur la responsabilié des justices de paix comme autorités tutelaires. Gesetz über die Gemeinden und Pfarreien vom 19. Mai 1894.

Solothurn: Verantwortlichkeitsgesetz der Beamten und Angestellten des Staates vom 24. Dezember 1870.

Baselland: Gesetz für Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten vom 25. November 1851.

Schaffhausen: Gesetz über Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und öffentlichen Ange-

stellten vom 30. Mai 1854; ferner §§ 1765—1775 des privatrechtlichen Gesetzbuches.

Das Gesetz vom 30. Mai 1854 enthält zivilrechtliche und zivilprozessualische Bestimmungen. Die ersteren sind durch das bestehende privatrechtliche Gesetzbuch aufgehoben worden, die letzteren aber nicht. [1]

St. Gallen: Gesetz über die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und öffentlichen Angestellten vom 25. November 1885 und Gesetz über Verantwortlichkeit der Mitglieder des Regierungsrates vom 24. Mai 1833.

Thurgau: Gesetz über die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und öffentlichen Angestellten vom 25. September 1851.

Tessin: Legge 28. Maggio 1841 (XVIII 72) sulla responsabilità dei membri del Comiglio di Stato.

Waadt: Loi sur la responsabilité du Conseil d'Etat du 25. November 1863.

Wallis: Loi sur la responsabilité du Conseil d'Etat du 21. Mai 1840.

Das Genfer'sche Gesetz „Sur la responsabilité du Conseil d'Etat" vom 7. November 1849 bezieht sich nur auf die politische Verantwortlichkeit des Staatsrates (siehe Urteil des Bundesgerichtes i. S. Héridier c. Etat de Genève vom 6. Dezember 1895).

Die kantonalen Verantwortlichkeitsgesetze sind ihrem Inhalte nach sehr verschiedenartig. Soweit sie eine gewisse

[1] Entscheidung des Obergerichtes des Kantons Schaffhausen vom 4. Dezember 1874 (Bericht des Obergerichtes von 1874, S. 49 f.)

Aehnlichkeit oder Gleichheit aufweisen, beruht dieser Umstand hauptsächlich darauf, dass einige derselben in dem eidgen. Verantwortlichkeitsgesetze vom 9. Dezember 1850 ihr Vorbild gefunden haben.

Für die richtige Anwendung der Rechtsquellen beachte man also, ob ein Beamter in der Eigenschaft als kantonaler oder eidgenössischer Staatsdiener handelt. Das Kriterium dieser verschiedenen Eigenschaften aber ist nicht aus der Entscheidung der Frage abzuleiten, ob der Beamte bei der zu beurteilenden Behandlung in einer Sache tätig war, die durch die eidgenössische Gesetzgebung geregelt ist, sondern ob die betreffende Beamtenstelle durch Bundesverfassung oder Bundesgesetzgebung eingeführt oder organisiert sei. So hat der Bundesrat vom 27. März 1882 in einem Rekursfalle entschieden, als die Zählungsbeamten bei einer eidgen. Volkszählung vom 1. Dezember 1880 in der tessinischen Gemeinde Biasca von den tessinischen Gerichten zur Verantwortung gezogen, die Kompetenz derselben bestritten und in ihrem Rekurse an den Bundesrat sich auf das eidgenössische Beamtenverantwortlichkeitsgesetz beriefen (Schweiz. Bundesblatt 1883, II., 904; Salis, Schweiz. Bundesrecht, I., 285 f.).

I. Abschnitt.

Materiellrechtlicher Teil.

Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten.

I. KAPITEL.

Die juristischen Grundlagen der Beamtenverantwortlichkeit.

§ 1. Die rechtliche Natur des Beamtenverhältnisses.

1. Begriffe des Beamten, der Behörde und der Angestellten.

So verschiedenen Einfluss die Staatsform — Monarchie oder Republik — auf die Art und den Geist der Organisation des Beamtentums ausübt, so macht es doch wieder im modernen Staat keinen Unterschied in begrifflicher und juristischer Beziehung, ob der Beamte im Dienstverhältis zur republikanisch oder monarchisch organisierten Staatsgewalt stehe.

Sehr häufig begegnen wir in den einschlägigen schweiz. Rechtsquellen den Ausdrücken „Behörden und Beamte", „Beamte und öffentliche Angestellte" oder allen drei Beziehungen nebeneinander. Es fragt sich zunächst, ob diese Ausdrucksweise hier eine blos pleonastische sei oder ob sich für die drei Kategorien eine Verschiedenheit bezüglich der Verantwortlichkeit ergebe.

A. Beamte.

Wenn auch die Wortbildung auf den Begriff „Amt" [1] verweist, so ist das Amt doch nicht ausschlaggebend für

[1] Holtzendorff charakterisiert das Amt als öffentlich anerkannte und verliehene Berechtigung und Verpflichtung einer gewissen Person zur Vornahme bestimmter, auf den Staatszweck bezogener, gesetzlich vorgeschriebener oder zulässiger Handlungen. (Deutsches Verfassungsrecht, § 45, in Holtzendorffs Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., S. 1108.)

den Beamtenbegriff, da es Verwalter öffentlicher[1] Aemter gibt, die keine Beamten sind.[2] So sind die Funktionen eines Geschwornen ein Amt, der Geschworne aber ist kein Beamter. Der Begriff „Amt“ geht also hier weiter als derjenige des „Beamten“. Das einschränkende Moment liegt im Dienstverhältnis. Mithin gehört zum Begriff des Beamten nicht nur die Uebernahme eines Amtes, sondern auch der Eintritt in ein Dienstverhältnis zum Staate oder zu einem autonomen Selbstverwaltungskörper (Gemeindeverband).[3]

Charakteristisch ist das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis. Die Frage, ob einer bestimmten Person die Eigenschaft eines Beamten zukomme, beantwortet sich zunächst darnach, ob diese Person zur Wahrnehmung von dem Staatszwecke unmittelbar oder mittelbar dienenden öffentlichen Funktionen durch die zuständige Behörde kraft eines besonderen formellen Aktes berufen oder angestellt worden ist. Niemand kann Staatsbeamter werden ohne das Vorhandensein einer hierauf ge-

---

[1] Nach schweizerischem Sprachgebrauch spricht man nie von „Privatbeamten“ (wie es in Deutschland häufig vorkommt), welche die durch Privatwillkür zu einem Privatamt vereinigten und zu einem Privatzweck dienenden Obliegenheiten auszuführen haben, wie z. B. die Angestellten einer Privatbank.

[2] Natürlich sind aber die Handlungen solcher Personen in dieser Stellung dennoch Amtshandlungen; denn unter Amtshandlungen versteht man die öffentlich-rechtlichen Handlungen aller zur Ausübung der öffentlichen Gewalt berufener Personen (E. B. G. vom 17. November 1893 i. S. Bernhard c. Krebs, R. G., Basel 1894, X., Nr. 4). Das Bundesgericht hat am gleichen Ort auch entschieden, dass solche Personen, auch ohne dass sie in einem Dienstverhältnis zum Staate stehen, als Beamte im weitern Sinne gelten und daher gemäss Art. 64, O. R., zu beurteilen seien.

[3] Das Bundesgericht hat am 27. April 1894 i. S. Claraz gegen Pfarrer Defforel wegen Verweigerung der hl. Kommunion auch die (angestellten) Geistlichen der öffentlich-rechtlichen Korporationen als „fonctionnaires ou employés publics“ im Sinne von Art. 64, O. R., behandelt. Vergl. E. B. G., Bd. 20, Seite 478 f. Siehe hierüber Scherer, Handbuch des Kirchenrechtes, Graz 1885, I., 408.

richteten Willensäusserung des Staates. Es folgt indes weder aus positiven landesgesetzlichen Vorschriften, noch aus allgemein gesetzlichen Grundsätzen, dass jener Wille sich notwendig in der Gestalt eines besonderen Anstellungsdekretes der Staatsregierung zu äussern habe, es überall ausnahmslos eines solchen besonderen Dekretes als der einzigen, unerlässlichen Form für die Anstellung der Staatsbeamten bedürfe. Fehlt diese Form der Anstellung, so wird eben zu prüfen sein, ob die von der betreffenden Person geübte dienstliche Tätigkeit nach ihrer Art und Beschaffenheit eine solche ist, dass daraus mit zwingender Notwendigkeit auf die Beamteneigenschaft geschlossen werden muss,[1] insofern jene Tätigkeit nach staatsrechtlichen Grundsätzen nur im Falle der Ausübung durch einen öffentlichen Beamten Wirksamkeit im öffentlichen und im Rechtsleben erlangen kann.[2]

[1] Aus dem Begriff „Amtsverbrechen" ist für die Begriffsentwicklung des Ausdruckes „Beamter" nichts zu gewinnen, da Amtsverbrechen selbst Personen begehen können, die reine Privatpersonen sind und lediglich in obrigkeitlichem Auftrag gehandelt haben. (Justizminister Glaser im österreichischen Herrenhaus, Sitzung vom 6. Juni 1872, bei Kaserer das Gesetz über das Klagerecht der Parteien wegen der von richterl. Beamten zugefügten Rechtsverletzungen. Wien, 1873, S. 103.)

[2] Vergl. E. B. G., Bd. III, S. 701. Ferner A. Reger, Entscheidungen der Gerichts- und Vrrwaltungsbehörden, München 1890, Ergänzungsband 367. — Der schweizer. Bundesrat hat den Rekurs der L. M. gegen die Berner Regierung, welche die L. M. wegen „Amtsanmassung" durch unbefugte Ausübung der Verrichtung einer „Leichenbitterin" zu einer Gefängnisstrafe verurteilte, geschützt, weil der Tatbestand einer Amtsanmassung nicht vorlag. Der amtliche Charakter von Verrichtungen sei nicht darin zu finden, dass für dieselben eingehende Polizei-Instruktionen vorliegen und deren Ausübung an die Anmeldung im Polizeibureau gebunden und der besondern Aufsicht der Polizeiorgane unterstellt sei. Der Umstand, dass Art. 53, Abs. 2, Bundesverfassung, nicht alles, was mit dem Begräbniswesen zusammenhängt, zu einem öffentlichen Dienst gemacht, und die Bernergesetze es dem Belieben der Privaten anheimstellen, die Vorkehrungen für das Leichenbegängnis eines verstorbenen Verwandten selbst zu besorgen oder durch Leichenbitterinnen besorgen zu lassen, spreche für den nichtamtlichen Charakter solcher Verrichtungen. (Bundesbl. 1896, III., 481 ff.)

Wer ohne eigene Verantwortlichkeit Dienste zu staatlichen Zwecken leistet, wird regelmässig als Beamter nicht angesehen werden können. Ob er es sei, wird im Einzelfalle aus der Anstellung und der Art der ihm obliegenden Dienste festzustellen sein. Auch ein nur zu mechanischen Diensten Bestellter kann nach der vorherrschenden Meinung[1] Beamter sein, und umgekehrt folgt aus der Natur der Dienste als nicht mechanischer nicht notwendig die Leistung derselben als Beamter. Die Natur der Dienste ist vielmehr nur im allgemeinen ein Kriterium für das Vorhandensein der Beamteneigenschaft, wo letztere nicht aus der Bestellung sich ergibt.[2]

Für den Begriff des Staatsdienstes, des Beamtentums, ist es nicht wesentlich, dass der Dienst die volle Tätigkeit des Beamten in Anspruch nimmt, denn es haben sich die Verhältnisse des Staats- und Gemeindedienstes vielfach so gestaltet, dass zahlreiche Aemter geschaffen sind, welche nicht die volle Kraft und Zeit des Inhabers erheischen und daher oft in einer Person mehrere Aemter oder Tätigkeiten verbunden werden.

Während manche Rechtslehrer, z. B. Zachariae,[3] v. Gerber[4] und Schulze[5] die dauernde Uebertragung eines Amtes für den Begriff „Beamter“ wesentlich erachten, ist

---

[1] Siehe weiter unten, Seite 27 ff.

[2] Siehe Urteil des deutschen Reichgerichtes, I. Strafsenat vom 16. Januar 1882. — Vergl. A. Reger a. a. O. II. 323. — Aus dem gleichen Grunde hat das schweizer. Bundesgericht wegen der das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis ausdrückenden Bestellungsform den Lehrer als „kantonalen Beamten“ behandelt, unter Bezugnahme auf Art. 349, O. R., wo von öffentlichen Beamten und Angestellten die Rede ist. (Entscheid vom 30. März 1893 in der Revue der Gerichtspraxis, XII., Nr. 74.)

[3] Deutsches Staats- und Bundesrecht ed. 1866 II., § 133, 134.

[4] Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechtes, 109.

[5] Lehrbuch des deutschen Staatsrechtes, I., 317.

nach andern, wie z. B. Laband,[1] Maurenbrecher,[2] Grotefend,[3] Zöpfl[4] dieselbe nicht entscheidend.

Das Staatsrecht der Eidgenossenschaft und der Kantone kennt, so wie anderwärts in den deutschen Staaten, Beamte, die nur auf eine bestimmte Zeitdauer, auf Probe, Kündigung oder Widerruf angestellt sind.[5]

B. Behörde.

Das staatsrechtlich bedeutsame Mittelglied zwischen dem Staate als dem alleinigen Subjekte der Staatsgewalt[6] und den physischen Personen, auf deren individuelle Tätigkeit der Staat in der Ausübung jener Gewalt angewiesen ist, bildet die Behörde. Die Elemente des Begriffes der Behörde sind einerseits das Amt, d. h. der gesetzlich abgegrenzte Kreis von staatlichen Geschäften und anderseits die Amtsgewalt, d. h. die Ausstattung des Amtes mit jenen Rechten des Staates, deren Ausübung die Erledigung der betreffenden staatlichen Geschäfte erfordert.

---

[1] a. a. O. I., 409.

[2] Grundzüge des heutigen deutschen Staatsrechtes, § 160.

[3] Deutsches Staatsrecht, § 668.

[4] Staatsrecht, II., § 516.

[5] E. B. G., XX., 694. — Die Anstellung der Beamten geschieht in der Schweiz entsprechend demokratischen Grundsätzen in der Regel nur für eine bestimmte Dauer („Amtsperiode"). Andere Anstellungsverhältnisse (z. B. Anstellung auf Lebenszeit, auf Probe, Kündigung etc.) werden in der Bestellungsurkunde ausdrücklich angegeben, während sonst definitive Anstellung für eine Amtsperiode vermutet wird.

[6] Das Bundesgericht hat deshalb auch entschieden, dass die Landsgemeinde eine Behörde im engeren und eigentlichen Sinne nicht darstellt, sondern im Kanton der Souverän selber ist. daher ihr Beschluss nicht als eine Verfügung oder Erlass einer Behörde zu bezeichnen wäre; dagegen könne die Landsgemeinde doch als Behörde im weitern Sinne, nämlich als das oberste Organ des Kantons aufgefasst werden; insoweit seien aber ihre Verfügungen solche einer kantonalen Behörde. (E. B. G., Bd. 22, S. 3.)

Das Amt, gedacht als publizistisches (öffentlich-rechtliches) Subjekt staatlicher Befugnisse gemäss Delegation zur Führung staatlicher Geschäfte, ist die Behörde, während das physische Subjekt im Beamtenpersonal zu suchen ist.[1]

Für den Begriff der Behörde ist es gleichgültig, ob das betreffende Amt, dessen Personifikation sie darstellt, nach dem sogenannten Kollegialsystem (Besetzung des Amtes mit mehreren Beamten, die gleichzeitig und gemeinsam die einschlägigen Geschäfte zu behandeln berufen sind) oder nach dem Bureausystem (Besetzung mit einem Einzelbeamten) organisiert sei.

Gleichgültig für den Behördenbegriff ist es ferner nach der vorherrschenden Meinung,[2] ob dem Amte eine Delegation von Hoheitsrechten (d. h. eine obrigkeitliche Gewalt) zukommt, wie z. B. jenen Organen, denen die Verwaltung staatlicher Anstalten, fiskalische, technische, wissenschaftliche Aemter übertragen sind.[3] Der Mangel eines zutreffenden technischen Ausdruckes, in welchem die rechtliche Stellung des Beamten zur Behörde, als dem eigentlichen Träger der Amtsgewalt, zur Geltung käme, bringt es mit sich, dass der Ausdruck „Organ" sowohl auf die ideellen, wie auf die physischen Subjekte der Amtsgewalt angewendet wird.

---

[1] Der Behörde als solcher kommt jedoch keine juristische Persönlichkeit zu (E. B. G. XI. 259). Daraus folgt, dass jedes einzelne Mitglied persönlich belangt werden muss bei Klageerhebung.

[2] Anders Zorn, Staatsrecht, I., 225. — Dubs, a. a. O., 123 ff., und auch das schweizer. Bundesgericht scheint sich ihm anzuschliessen.

[3] A. Meyer in Stengels Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechtes, Freiburg 1890, I., 152 ff.

Laband, a. a. O., I., 338.

A. Meyer, Deutsches Staatsrecht, Leipzig 1885, § 106, N. 2. — Erkenntnis des Reichsgerichtes vom 8. Januar 1883, bei A. Reger Entscheidung der Gerichts- und Verwaltungsbehörden etc., München 1890, X. 62. — Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechtes, München 1893, S. 96 ff. — Seufferts Archiv, XXXVII., 23.

Durch den Ausdruck „Behörden und Beamte“ sind mithin in den Verantwortlichkeitsgesetzen auch Personen getroffen, die, ohne Beamte zu sein, doch als Mitglieder einer Behörde amtliche Funktionen verichten, wie Kantonsratsmitglieder,[1] die Mitglieder des Aufsichtsrates der Kantonalbanken und anderer staatlicher Institute, die Mitglieder der Prüfungskommissionen etc.

Weitere Konsequenzen für die Haftbarkeit der Behörden ergeben sich aus der Gegenüberstellung von Behörden und Angestellten.[2]

C. Angestellte.

Manche fassen den Beamtenbegriff enger, als es hier geschehen, um den einen Unterschied gegenüber den Angestellten darzutun. Dahin gehören alle jene Staatsrechtlehrer, welche im Amt ausschliesslich eine Delegation zur Ausübung von Hoheitsrechten erblicken. Daher kommt Zorn[3] zu der Behauptung, dass es sich bei den Funktionen der Beamten immer um Ausübung staatlicher Hoheitsrechte handle und dass auch die vom Beamten geleisteten technischen Dienste[4] „begrifflich obrigkeitliche“ seien.

Zöpfl,[5] G. Meyer,[6] Laband[7] bekämpfen eine solche Identifizierung von „amtlichen“ und „obrigkeitlichen“ Hand-

[1] Vergleiche E. B. G., S. 851, wo das Bundesgericht den Ausdruck „öffentliche Beamte“ des Art. 64, O. R., auch auf die Kantonsräte im Sinne unseres Textes ausdehnt.

[2] So wurde am 5. Juni 1877 die Aufsichts-Kommission der st. gallischen Kantonalbank auf Grund des st. gallischen Gesetzes über die Verantwortlichkeit der Behörden und Beamten eingeklagt. (Siehe E. B. G., VI., 36 ff.)

[3] a. a. O., I., 225.

[4] Z. B. die Arbeiten der Schreiber, Buchhalter, Registratoren, Revisoren, der staatlich angestellten Bautechniker, Chemiker, Statistiker, Archivare, Bibliothekare, Kassiere etc.

[5] a. a. O., II., 513, Note 3.

[6] a. a. O., S. 407.

[7] a. a. O., I., 409.

lungen, indem sie für alle „staatsdienstlichen“ Verrichtungen amtlichen aber nicht obrigkeitlichen Charakter vindizieren. Mit der von Zorn aufgestellten Meinung hängt auch zusammen die Lehre derjenigen, welche einen begrifflichen Gegensatz zwischen dem „eigentlichen“ Staatsbeamten und dem Unterpersonal der Behörden (z. B. die Boten, Weibel, Portiers der Staatsgebäude) aufstellen.[1]

Das deutsche Reichsgericht[2] hat jedoch einen solchen Gegensatz für den Beamtenbegriff nicht anerkannt, ebensowenig, als die Motive zum Reichsbeamtengesetz.[3] Wenn die Bedeutung des Unterschiedes, ob die Dienste höherer oder niederer Natur seien, für den Beamtenbegriff in Abrede gestellt wird, so ist damit nicht geleugnet, dass dieser Unterschied nach anderer Richtung wichtig sei. So hat mit Recht das schweizerische Bundesgericht diese Unterscheidung verwendet für das Mass von Rechten und Pflichten, welches dem Beamten mit obrigkeitlichen Funktionen und dem Beamten im Subalternverhältnis zukommt. Wir verweisen auf dessen Urteilsmotive im Fall Riva e Albrizzi c. Tessin:[4]

„Man muss unterscheiden zwischen Funktionären des Staates, welche Stellen öffentlichen Charakters bekleiden und in dieser Eigenschaft die Autorität der Staates vorstellen, eben weil sie einen Teil der Staatsgewalt ausüben —, und einfache, untergeordnete Angestellte,

[1] Dubs, a. a. O., 123 ff.

[2] Heffter, Beiträge z. deutschen Staatsrecht, S. 113 ff. Bluntschli, Staatsrecht, II., S. 122. Zachariae, a. a. O., II., 19. Pözl. in Bluntschlis und Braters Staatswörterbuch, IX., 687. Marquardsen, in Rotteks Staatslexikon, 3. Aufl., I., 205 und 483.

[3] Vergl. Drucksachen des Reichstages von 1872, Nr. 9, S. 30 ff. — Laband bemerkt betr. jener Unterscheidung (A. A. O., I., 410, A. 2): „Dem bureaukratischen Dünkel mochte es nicht behagen, dass der Herr Rat und der Bote unter dieselbe juristische Begriffskategorie gehören sollten“.

[4] E. B. G., XX., 693.

die nicht Vertreter des Staates sind, nicht von ihm selbst abgeleitete Gewalten haben, sondern ausschliesslich oder zum grössten Teile die Arbeiten verrichten, die ihnen durch Befehl der übergeordneten Behörden angewiesen werden. Während das Verhältnis der einfachen Angestellten zum Staate, wenn nicht ausschliesslich, so doch wenigstens in seinen hauptsächlichsten Wirkungen, ein privatrechtliches ist, so hat jenes, welches zwischen Staat und Funktionären besteht, in hervorragender Weise einen öffentlichen Charakter. Nur insoferne ihre Funktionen Beziehungen zum Fiskus haben, d. h. rücksichtlich des für die Dienstleistung schuldigen Gehaltes, gehört dieses Verhältnis dem Privatrecht an. Nicht aber rücksichtlich der Dauer ihrer Funktionen, die ausschliesslich von der öffentlichen Seite ihres Verhältnisses zum Staat reguliert wird."

Diese Entscheidung des Bundesgerichtes hat auch für unsern Gegenstand praktischen Wert, indem im allgemeinen dem Subalternbeamten nicht jene strenge Sorgfalt zugemutet werden kann, als einem übergeordneten Organe. Es ist daher in vielen Fällen die Haftung blos für culpa lata auf diese Unterscheidung zurückzuführen. Die praktischen Konsequenzen dieser Einteilung werden wir weiter unten bei der Erörterung der Rechts- und Gesetzmässigkeit der Amtshandlungen, welche aus eigener Initiative oder auf höheren Befehl ergehen, noch näher berühren. Wo aber das Subalternverhältnis keine Rolle spielt, sind auch die Angestellten unter dem Sammelnamen „Beamter" mit inbegriffen, es sei denn, dass ein Gesetzesartikel einen besondern Unterschied mache.

2. Juristischer Charakter des Beamtenverhältnisses.

Ueber die rechtliche Natur des Staatdienstverhältnisses besteht eine umfangreiche Litteratur. Die Geschichte des Staatsdienstbegriffes schildert O. Mayer[1] im Archiv für öffentliches Recht folgendermassen: Bis zu Ende des vorigen Jahrhunderts war das Verhältnis noch ganz unbefangen zivilrechtlich aufgefasst worden; nur über die richtige Vertragsart des gemeinen Rechtes, die da zur Anwendung komme, herrschte Streit. Da erschien als Frucht des kräftig gewordenen Staatsbewusstseins eine andere Auffassung auf dem Plan, zuerst vertreten durch J. M. Seuffert,[2] dann noch entschiedener durchgeführt von N. T. Gönner.[3] Das Staatsdienstverhältnis ganz nach öffentlichem Rechte zu behandeln, ist die Losung. Die Art, wie der Staat grundsätzlich seinen Bürgern gegenübersteht, verlangt das und gibt zugleich die genauere Natur des Aktes, der das Verhältnis begründet. Der Staat ist nämlich berechtigt, von seinen Bürgern alle persönlichen Dienste zu verlangen, welche zur Verfolgung des Staatszweckes nötig sind, also nicht blos allgemeine, gewöhnliche Dienste, sondern auch besondere, welche eigene Fähigkeiten voraussetzen und den ganzen Mann erfordern. Für die letzteren werden die geeigneten Personen ausgewählt; das ist die Ernennung zum Amt. Indem der Ernannte seine Pflicht anerkennt, würde nach Seuffert doch noch eine Art Anstellungsvertrag zustande kommen. Gönner aber lässt diesen Anerkennungsakt ganz fallen; nachdem die Uebernahme des Amtes eine öffentliche

[1] O. Mayer: Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrage, im Archiv für öffentliches Recht. III., 26.

[2] Seuffert, vom Verhältnis des Staates und der Diener des Staates (Würzburg 1793, S. 16 ff.).

[3] Gönner, „Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkte des Rechtes und der Nationalökonomie betrachtet“ (1808), S. 93 ff., S. 84 und 87.

Pflicht ist, kommt es auf die Anerkennung nicht weiter an. Die einseitige Auferlegung des Amtes ist Alles, von Vertragsmässigem und Privatrechtlichem jede Spur beseitigt. Diese Theorie behielt in der Rechtswissenschaft auf lange Zeit hinaus die Oberhand. R. S. Zachariae,[1] Heffter,[2] Dahlmann,[3] Perthes[4] halten fest an jener Grundlage der allgemeinen Untertanenpflicht zur Uebernahme von Staatsämtern. Man möchte vielleicht heute fragen: wie war es möglich, dass ein so durch und durch unwahrer Gedanke Aufnahme fand und dass man so lange gebraucht hat, um davon loszukommen. Unter dem Einflusse Seydels[5] und Labands[6] ist aber jetzt eine Gegenströmung mächtig geworden, welche die vollen Merkmale des Vertragsbegriffes für das Staatsdienstverhältnis in Anspruch nimmt."

Laband nimmt ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis an, unterscheidet aber in scharfer Weise zwischen dem Dienstverhältnis und der Amtsführung selbst. Nach Dubs[7] wäre das Beamtenverhältnis als ein privatrechtliches Mandatsverhältnis aufzufassen. Er schreibt nämlich: „Das Amtsverhältnis hat wesentlich den Charakter eines Geschäftsauftrages (Mandates) und unterscheidet sich rechtlich nicht von der Privatanstellung in einem Geschäfte. Die Amtsanstellung kann allerdings wichtiger, umfassender, mit grösseren Kompetenzen ausgerüstet sein, allein das ändert am rechtlichen Charakter selbst nichts. Es ist z. B. nicht

---

[1] a. a. O., § 135.

[2] a. a. O., S. 126, 129 f.

[3] Dahlmann, Politik, 3. Auflage, S. 271 ff.

[4] Perthes, Der Staatsdienst in Preussen (1838), S. 52, ff.

[5] Seydel, Allgemeine Staatslehre und Bayer. Staatsrecht, III., 323, S. 59, ff.

[6] a. a. O., I., § 45.

[7] Dubs: „Das öffentliche Recht der schweizerischen Eidgenossenschaft", pg. 127.

einzusehen, welcher rechtliche Unterschied bestehen sollte zwischen dem amtlichen Richter und dem privaten Schiedsrichter, zwischen dem Staatskassier und dem Kassier eines anderen grossen Geschäftes u. s. w. Es mögen sich aus der besondern Natur der Staatsgeschäfte da und dort einzelne kleinere Modifikationen ergeben, allein im Ganzen wird man den richtigen Weg gehen, wenn man sich in der Demokratie von aller Mystik in diesen Dingen fern hält und das Amtsverhältnis als Mandat behandelt.“ [1]

Diese Auffassung des Amtsverhältnisses ist eine unhaltbare.[2] Sie verkennt nämlich vollständig, dass sich im Beamtenverhältnis nicht, wie im privatrechtlichen Mandats- oder Dienstmietsverhältnis, die Parteien koordiniert gegenüberstehen, sondern dass die charakteristische Folge des öffentlich-rechtlichen Vertrages in dem Subordinations-Verhältnisse der Parteien, im vorliegenden Falle in dem Gewaltverhältnisse des Staates zu den Beamten begründet ist; dass die Pflicht zu dem Beamtengehorsam und der Beamtentreue von derselben Art ist, wie die privatrechtliche Vertragspflicht, nämlich nicht eine Pflicht zu einzelnen Leistungen; dass der Wert der Tätigkeit des Beamten für den Staat nicht in Geld schätzbar, also nicht vermögensrechtlicher Art ist.[3]

---

[1] In Klagen betreffend Haftpflicht des Staates für seine Beamten kehrt häufig auch die Anschauung wieder, dem Rechtsverhältnis des Staatsbeamten zum Staate müsse die Analogie des institutorischen Verhältnisses zu Grunde gelegt werden, wonach der Institutor unbedingt seinen Geschäftsherrn verbindlich mache in allen Dingen, die bei der Ausführung des Geschäftes vorkommen (imputaturum sibi, cur talem proposuerit; l 1, § 9 et 10, Dig. de exercitor act. 14, 1).

Seufferts Archiv, XVII., 145, XX., 38. Siehe darüber E. B. G., VII., 138. Die analoge Anwendung von Art. 62, O. R., kann nur da stattfinden, wo es sich um Ausübung eines Gewerbes durch den Staat handelt.

[2] Vergl. E. B. G., VIII., 148, XIII., 530 ff.

[3] Laband: Das Staatsrecht des deutschen Reiches, I. Bd., 2. Aufl., § 44, S. 408 ff.

„Das Beamtenverhältnis ist", wie das Bundesgericht wiederholt entschieden,[1] „nicht staatsrechtlicher, sondern staatsrechtlich-privatrechtlich gemischter Natur. Es hat seine staatsrechtliche und privatrechtliche Seite. Privatrechtlicher Natur sind nämlich die Vermögensansprüche des Beamten, indem diese Ansprüche ihnen nicht im öffentlichen, sondern in ihrem privaten Interesse gewährt werden.[2] Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass die staatsrechtliche Seite die vorherrschende,[3] die privatrechtliche Seite, der Anspruch auf Gehalt dagegen, die untergeordnete Seite des Amtes ist und dass dieser Anspruch, gleich wie die staatsrechtliche Seite der Amtspflichten und Amtsbefugnisse (wenigstens in der Regel), nicht auf Vertrag, sondern lediglich auf dem Gesetze, u. zw. auf einem Gesetze des öffentlichen Rechtes beruht." Desgleichen betonte das Bundesgericht in einem Urteile vom 10. Februar 1877 i. S. Kestenholz c. Baselstadt: „Das Verhältnis der Beamten zum Staate ist nicht wie dasjenige des Prinzipals zum Angestellten ein privatrechtliches, sondern ein staatsrechtliches."[4] Im Falle widerrechtlicher Entfernung vom Amte kann er daher (wenig-

[1] E. B. G., IV., 322 und IX., 212.

[2] Der Anspruch des Beamten auf Besoldung ist, wenn auch das Beamtenverhältnis selbst dem öffentlichen Recht angehört, privatrechtlicher Natur. (E. B. G., Bd. IX., S. 212, Bd. XIII., S. 347.) Uebereinstimmend Pözl in Bluntschlis und Braters „Deutsches Wörterbuch", Bd. IX., S. 689.

[3] Vergl. Salis, Schweizer. Bundesrecht, staatsrechtliche und verwaltungsrehhtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung, Bern 1891. I.. Nr. 151.

Der Bundesrat war hier in der öffentlich-rechtlichen Auffassung des Beamtenverhältnisses soweit gegangen, dass er sogar die Pfändung und Sequestration von Besoldungen eidgen. Beamter und Angestellter durch Privatgläubiger, solange der Gehalt nicht in den Privatbesitz des Beamten übergegangen, als unzulässig erklärte. Anders jetzt nach Art. 93 des Betreibungs- und Konkursgesetzes.

[4] E. B. G., Bd. XII., S. 708 ff., Bd. XIII., S. 526 ff., Sem. jud., Bd. 16.

stens im Zivilprozess) nicht auf Wiedereinsetzung in sein Amt, sondern nur auf Gewährung der mit demselben verbundenen Besoldung, bezw. auf Entschädigung, klagen.[1]

Die fehlerhafte privatrechtliche Konstruktion des Beamtenverhältnisses führt zu engherzigen, für die Rechtsverhältnisse der Beamten bedenklichen Konsequenzen. Der Kontrakt des Mandatars oder Dienstvermieters verpflichtet diesen, ohne irgend welche Prüfung der erhaltenen Weisungen die bestellten Geschäfte auszuführen. Ja, seinem Mandatar oder seinem Dienstvermieter kann der Staat ohne weiteres kündigen, wenn jener die erhaltenen Befehle nicht völlig nach seinem Sinne ausführt.[2]

Zum Inhalt eines Amtes gehört allerdings sehr oft die Ausführung von ausdrücklichen oder stillschweigenden Aufträgen des Staates, ohne dass dabei die Geltendmachung eines öffentlich-rechtlichen Imperiums in Frage kommt; z. B. es ist ein Beamter beauftragt, ein Gebäude für Staatszwecke anzukaufen oder Lieferungsverträge für das Militär abzuschliessen. In solchen Fällen wird allerdings das Verhalten des Beamten durch das privatrechtliche Vertragsverhältnis geregelt, allein solche Aufträge erschöpfen den Inhalt des Amtes nicht. Es deckt sich also das Mandatsverhältnis nicht mit dem Rechtscharakter des Amtes.

Wir kommen daher mit Löning[3] zu dem Resultate: „Das Beamtenverhältnis ist ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen dem Staate und den Beamten, dessen Inhalt darin besteht, dass der Beamte das ihm anvertraute Amt nach Massgabe der Gesetze und gesetzmässigen Verordnungen zu verwalten und dass der Staat die durch Gesetz oder Vertrag bestimmten Rechte den Beamten zu gewähren hat."

[1] E. B. G. vom 4. April 1894, i. S. Riva et Albrizzi c. Tessin.

[2] Freund, im Archiv für öffentliches Recht, Bd. I., Heft I., S. 116.

[3] Löning, a. a. O., S. 53.

3. Konsequenzen.

Aus der öffentlich-rechtlichen Lösung des Beamtenverhältnisses ergeben sich folgende zivilrechtliche Folgen: Hat der Beamte bei Ausübung seines Amtes in widerrechtlicher Weise den Staat (Fiskus) geschädigt, so wird sein Verschulden nach Analogie der Grundsätze über die ausserkontraktliche Entschädigungspflicht geregelt. Allerdings ist man versucht, aus der Tatsache, dass das Staatsdienstverhältnis durch freie Willensäusserung, also durch Vertrag begründet wird, zu folgern, dass eine rechtswidrige Schädigung der Vermögensverwaltung des Staates (Fiskus) durch den Beamten als kontraktliche culpa aufzufassen sei, analog den Regeln vom Mandat oder der Dienstmiete. Allein dieser Schluss ist deshalb nicht folgerichtig, weil das, was ein Verhältnis begründet (Vertrag) nicht notwendig auch dessen Inhalt (Wesen) bilden muss. Nun ist aber das Beamtenverhältnis seinem Inhalte nach kein obligatorisches Kontraktverhältnis, sondern ein staatsrechtliches Gewaltverhältnis. Demnach können auch die Grundsätze der kontraktlichen culpa nicht zur Anwendung gelangen.

Laband[1] tritt der Anschauung entgegen, wonach aus der Tatsache, dass mit der staatsrechtlichen Anstellung auch eine Vermögensverwaltuug verbunden ist, sich der Schluss ziehen lasse, dass wenigstens diesbezüglich der Beamte in einem Kontraktverhältnis zum Staate stehe. „Die Uebertragung einer Vermögensverwaltung", schreibt Laband, „oder gewisser, auf das Staatsvermögen Einfluss habender Geschäfte, ist kein Nebenvertrag, sondern die unmittelbare Rechtsfolge der Anstellung behufs Uebernahme eines gewissen Amtes."

Mit Dritten steht der Beamte als solcher in keinem Rechtsverhältnis. Die Beamten stehen im Dienste des

[1] Laband, a. a. O., § 48, S. 454, 455.

Staates, dessen Wohl zu fördern und besondere Zwecke zu erreichen sie durch den Dienstvertrag sich verbunden haben und denen die Staatsangehörigen eben als Vertreter der Staatsgewalt Gehorsam zu leisten haben. Es kann demnach keinem Zweifel unterliegen, dass, wenn der Beamte durch eine rechtswidrige Amtshandlung einen Dritten schädigt, nur die Grundsätze von der ausserkontraktlichen Entschädigungspflicht zur Anwendung kommen können.

Ob demnach der Beamte durch rechtswidrige Amtshandlungen den Staat (Fiskus) schädige, oder einen Dritten, in beiden Fällen haftet er aus ausserkontraktlicher culpa.

Dies wird auch anerkannt im preussischen allgemeinen Landrechte, II., 10, § 90, wo selbst die Haftung des Beamten gegen den Staat und die Haftung desselben gegen einzelne Privatpersonen ganz gleich gestellt werden.[1]

Die Ersatzpflicht des Beamten für den Schaden, den er durch sein Verhalten im Amte zugefügt hat, ist zweifellos zivilrechtlicher Natur. Massgebend dafür sind die

[1] Die vereinigten Zivilsenate des deutschen Reichsgerichtes haben unterm 10. Juni 1886 in einer Haftpflichtklage gegen den Gerichtsvollzieher für Schädigung des Gläubigers bei Ausführung der Zwangsvollstreckung für die Haftbarkeit des beklagten Beamten die Grundsätze des Mandates massgebend erachtet, sofern es sich um einen dem Gläubiger durch Nichtausführung oder nicht gehörige Ausführung des erteilten Auftrages zur Vornahme der Zwangsvollstreckung verursachten Schaden handelte. Anders hätte sich das Verhältnis gestaltet, wenn der betriebene Schuldner Klage auf Schadenersatz gestellt haben würde, dann wäre die Beamteneigenschaft des Gerichtsvollziehers der Verantwortlichkeitsklage zu Grunde gelegt worden. Das Mandatsverhältnis des Gerichtsvollziehers zum Gläubiger geht natürlich nur soweit, als die Gesetze eine solche Vertretungsbefugnis anerkennen. Seufferts Archiv, Bd. 42, Nr. 204, aber auch Nr. 298. Analoge Verhältnisse können sich ergeben im Verkehr mit dem Notar. Vergl. E. B. G., XIV., 482.

Regeln, welche das Zivilrecht aufgestellt hat für die Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen. Dabei kommen dann alle die Verschiedenheiten zur Geltung, welche unsere kantonalen Rechte zur Zeit noch aufweisen, in Bezug auf Arten und Grade der schuldhaften Gesinnung und das Mass des zu ersetzenden Schadens, über Klagverjährung und Klagverwirkung, sowie der Form der Ausübung des Klagerechtes.

§ 2. Charakter der Rechts- und Gesetzmässigkeit der Amtshandlungen.

1. Vorbemerkung.

Unstreitig besteht ein den Willen des Staates ausdrückender Rechtssatz, der das Gebot enthält, dass alle Beamte ihre Funktionen nur nach Massgabe des Rechtes ausführen sollen. In allen Sphären des gesellschaftlichen Zusammenlebens ist ein jeder dafür haftbar, dass er den Gesetzen gemäss handle. Ist dieser Grundsatz doch sogar soweit ausgebildet worden, dass in der Regel sich kein Privatmann damit entschuldigen darf, er habe die Gesetze nicht gekannt. Mit umso grösserem Rechte kann und muss der Staat von den Beamten verlangen, dass sie gesetzmässig handeln, dass sie weder aus Nachlässigkeit noch aus böser Absicht ihren durch Gesetz, Verordnung, Amtsinstruktion abgegrenzten Wirkungskreis überschreiten, dass sie die ihnen durch ihr Amt gebotene Aufmerksamkeit und Sorgfalt anwenden und das unterlassen, was sie durch das Gesetz zu unterlassen verpflichtet werden. Nur unter dieser Voraussetzung kann man einerseits dem Staate die volle Machtentfaltung ohne Gefahr für die persönliche Freiheit gestatten und anderseits vom einzelnen Staatsbürger verlangen, den

Verfügnngen der einzelnen Staatsorgane Gehorsam zu leisten. Hat aber der einzelne die Pflicht, dem Beamten Gehorsam entgegenzubringen, so muss sich entsprechend dieser Pflicht auch die des Beamten herausstellen, dort, wo der Staatsbürger gehorsam dem Staatsorgane Folge geleistet, aber getäuscht wird und an seinen Privatrechten Schaden leidet, volle Vergütung zu leisten. So betont z. B. § 1 des luzernischen Verantwortlichkeitsgesetzes:[1] Alle Behörden und Beamten sind zur unparteilichen, beflissenen, gesetzmässigen und treuen Verwaltung des ihnen übertragenen Amtes verpflichtet und dafür verantwortlich.

---

2. Die Amtshandlung.

Grundlage der Haftung des Beamten ist aber immer die Eigenschaft des Schädigenden als eines Beamten und der Handlung desselben als einer Amtshandlung (dans l'exercise de ses fonctions). Der Beamte muss in Ausübung und aus Veranlassung seiner amtlichen Funktionen und durch Nichtbeachtung der ihm obliegenden amtlichen Pflichten oder Ueberschreitung des Kreises seiner amtlichen Zuständigkeit gehandelt haben; er muss so aufgetreten sein, dass der ihm gegenüberstehende Dritte und nachherige Geschädigte bei seiner individuellen geistigen Entwicklung und Kapazität unter Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit annehmen durfte, der Beamte handle in amtlicher Stellung und zu einem amtlichen Zwecke. Es macht an sich keinen Unterschied für die Haftung, ob die Handlung des Beamten in einem positiven Akte oder in einer Unterlassung bestehe.[2]

---

[1] Gesetz über die Verantwortlichkeit der Beamten vom 20. Nov. 1842. Vergl. damit § 13 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches.

[2] E. B. G., XVI., 27. Rossel V., a. a. O., S. 88.

Wohl aber ist zu unterscheiden, ob der Beamte blos fehlerhaft gehandelt, wo man an sich zum Handeln verpflichtet und berechtigt war, oder ob er auch da gehandelt, wo er gar nicht zu handeln berechtigt war.[1] Es könnte nämlich die Frage aufgeworfen werden, ob im letzteren Falle die Handlung noch den Charakter einer amtlichen habe, ob sie ipso jure richtig oder blos anfechtbar sei. Die Beantwortung dieser Frage gehört nicht in den Rahmen unserer Schrift. Aber auch für den Fall, dass man eine solche Handlung nicht mehr als amtliche gelten lassen wollte, so schliesst dies doch nicht aus, dass der Beamte den aus der Kompetenzüberschreitung erwachsenen Schaden als Beamter und daher gemäss den besonderen Verantwortlichkeitsgesetzen zu vertreten habe. Die Appellationskammer des zürcher. Obergerichtes hat am 8. Mai 1882 i. S. Fiskus c. Aktiengesellschaft Leu & Cie. entschieden, dass der Notar, indem er nicht existente Sachverhältnisse protokolliere, beurkunde etc., die — wenn sie existieren — zu beurkunden ihm obliegt, als Beamter gehandelt hat und seine Handlungen amtlichen Charakter haben.

In einer Verantwortlichkeitsklage gegen einen Zürcher Richter wegen Kreditschädigung durch die nach Urteilsfällung ausgefertigte Motivierung eines Urteils, erhob der beklagte Beamte die Einrede, die Urteilsredaktion gehöre nicht zu den mit der Urteilsfällung beendigten richterlichen Funktionen und enthalte daher eine Handlung ohne amtlichen Charakter, somit sei Art. 50, O. R., und nicht § 417, Zürch.

---

[1] Für die Haftpflicht des Staates — wo eine solche statuiert ist — ist dies allerdings gleichgültig nach einem bei Wächter (Grundsätzliche Entscheidungen des Zürcher Obergerichtes, Handelsgerichtes und Kassationsgerichtes, Zürich 1890, S. 132, Nr. 579) enthaltenen Entscheid des Zürcher Handelsgerichtes.

P. G. B., massgebend. Die Zürcher Appellationskammer verwarf jedoch diese Einrede.[1]

Hieher gehört auch ein interessanter Entscheid des bernischen Appellationsgerichtes.[2]

Schuldner H. bezahlte dem Amtsgerichtsweibel V. seine bei der Hypothekarkassa eingegangene Schuld von Fr. 1300. Der Weibel lieferte aber die Summe nicht ab und so kam es, dass H. nochmals zur Bezahlung der nämlichen Schuld an die Kassa genötigt wurde. H. erhob nun gemäss § 171, lemma 2, der bernischen Staatsverfassung und auf Grund des bernischen Verantwortlichkeitsgesetzes vom 19. Mai 1851 Klage gegen den Amtsgerichtsweibel, resp. — da im Kanton Bern der Staat primär haftet — gegen den Staat auf Schadenersatz. Dass Amtsgerichtsweibel V. ein mit öffentlichen Funktionen betrauter Beamter sei, unterlag keinem begründeten Zweifel. Es spitzte sich daher der Rechtsstreit nur in der Prüfung der Frage zu: Hat der Amtsgerichtsweibel V. durch die Nichtablieferung der zu Handen der Hypothekarkasse ihm von H. eingehändigten Beträge an die Kasse einer Verletzung seiner Amtspflichten sich schuldig gemacht? Das Appellationsgericht hat diese Frage verneint. „Die Entgegennahme der für den Gläubiger bestimmten Zahlungsbeträge", so führt das Urteil aus, „gehöre nicht zur Sphäre der gemäss Art. 2 des Verantwortlichkeitsgesetzes normierten Amtspflichten des Amtsweibels und finde sich eine dahin zielende Bestimmung auch nicht in einem speziellen Reglemente, einem Gesetze oder einer Verordnung. Der Weibel sei demnach zur Empfangnahme von Zahlungen nicht befugt gewesen und könne somit die Nichtablieferung der betreffenden Gelder auch nicht

[1] Urteil vom 27. Juni 1893 in der Z. Sch. R., Bd. 36, S. 170.

[2] Urteil i. S. Herren c. Staat Bern vom 19. Juli 1889, in Z. B. XXVI., 28 ff.

als eine den Weibel zu Schadenersatz verpflichtende Amtspflichtverletzung betrachtet werden."

Nach unserer Ansicht wäre aus denselben Rechtssätzen eine gegenteilige Entscheidung herzuleiten gewesen. Durch unbedingte Annahme des Geldes hatte der Weibel stillschweigend erklärt, dass sein Amt ihm auch die Stellung als Empfangsbevollmächtigter des Gläubigers zuweise. Indem er in der Eigenschaft als Weibel, also in amtlicher Stellung, eine Handlung vornahm, wozu er in dieser Eigenschaft nicht berechtigt war, hat er den Kreis seiner Zuständigkeit überschritten, ist demnach für die schädigenden Folgen seines Handelns verantwortlich.[1]

Wie aber verhält es sich, wenn der Beamte nur als Ratgeber sich betätigt hat?

Nach § 1093 des bürgerlichen Gesetzbuches des Kantons Schaffhausen wird jemand schadenersatzpflichtig, wenn er durch Amtspflicht veranlasst war, mit Sorgfalt Rat zu geben und aus Fahrlässigkeit schädigenden Rat erteilt hat.[2]

Wo eine solche Amtspflicht nicht besteht, kann der Beamte für einen blosen Rat, den er erteilt, nicht haftbar gemacht werden, da doch in der Regel vorausgesetzt werden

---

[1] Eine amtliche Verfügung, welche materiell gerechtfertigt erscheint, jedoch aus dem Grunde aufgehoben werden muss, weil sie von einem inkompetenten Beamten ausgestellt wurde, begründet keine Ersatzpflicht an den durch die Verfügung Getroffenen. (Urteil des thurgauischen Obergerichtes vom 2. Oktober 1875.)

[2] Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist jemand aus der Raterteilung haftbar:

1. wenn er böswillig schlecht riet (l. 47, pr. Dig. 50, 17);
2. wenn er für die Folgen des Rates einzustehen versprach (l. 12. § 13, Dig. 17, 1);
3. wegen jeder Verschuldung, wenn er sorgfältigen Rat zugesagt hat, zumal wenn gewerbemässig und gegen Vergütung Rat erteilt wird (H. Jacoby, Krediterkundigung, 1891).

Analoge Grundsätze gelten für die Haftung wegen Empfehlungen (vergl. Z. Sch. R., N. F., Bd. XV., Nr. 45).

muss, dass er den Rat in guten Treuen und nicht leichtfertig erteilt habe. In den Entscheidungen des luzernischen Obergerichtes[1] finden wir folgendes hierauf bezügliche Urteil:

Ein Gemeindeammann hatte als Betreibungsbeamter einem ausserkantonalen Gläubiger (Betreibungsführer) mitgeteilt, der Betriebene sei gegenwärtig nicht im Falle, alle gegen seine Kreditoren eingegangenen Verpflichtungen zu erfüllen. Der Schuldner anerbiete daher dem Betreibungsführer, seine Forderung von Fr. 700 in 4 Terminen vierteljährig abzutragen; er — Gemeindeammann — könne dieses Gesuch nur empfehlen, da, wenn schon momentan nicht alles bezahlt werden könne, doch nicht im geringsten irgend welches Risiko vorhanden sei. Der Betreibungsführer ging auf dieses hin auf die Terminierung ein; nach kaum einem halben Jahre erfolgte indes der Konkurs über den Schuldner, wobei der Betreibungsführer 370 Fr. verlor und hiefür die Regressklage gegen den Gemeindeammann anstellte. Diese wurde indes unter folgender Begründung abgewiesen: „Eine blose Raterteilung (consilium) hat nach der Natur der Sache in der Regel noch keinen obligatorischen Charakter. Nur ausnahmsweise wird der Ratgeber haftbar zu erklären sein, wenn er nämlich in arglistiger Absicht einen schädlichen Rat erteilt hat oder als Kunstverständiger consultiert worden ist oder endlich vertraglich die Folgen seines Rates auf sich zu nehmen sich verpflichtet hat. Keiner dieser Ausnahmefälle wird als zutreffend erachtet."

---

[1] Dr. Sigrist, Sammlung grundsätzlicher Entscheide und Maximen des Obergerichtes, I. Bd. Entscheide und Maximen vor Juni 1871, Nr. 190. Urteil vom 25. September 1868.

3. Recht und Pflicht zur Prüfung der Rechtmässigkeit einer Amtshandlung.

Wenn der Beamte für die Gesetzmässigkeit seiner Handlungen verantwortlich ist, so muss ihm auch das Recht zustehen, die Gesetzmässigkeit der Handlungen zu prüfen, denn darnach bemisst sich ja die Existenz und der Umfang der Verantwortlichkeit.

Bezüglich dieses Rechtes sind nun zwei Kategorien von Amtshandlungen wohl zu unterscheiden:

a) die eine Kategorie umfasst die Amthandlungen, welche aus eigener Initiative des Beamten hervorgehen. Bezüglich dieser ist der Beamte vollauf verantwortlich, denn es steht ihm ja ein unbeschränktes Recht zu, zu prüfen, ob seine Amtshandlung in objektiver wie subjektiver, in materieller wie formeller Beziehung nicht gegen die Gesetze verstosse. Er haftet also, wenn er das Verfahren nicht beobachtet, das ihm vorgeschrieben ist, um den Fall aufzuklären: der also entstandene Irrtum ist ein pflichtwidriger Irrtum. Er haftet, wenn er den Inhalt der Vorschriften ausser Acht lässt, welche ihm für seine Tätigkeit gegeben sind: die Kenntnis dieser Obliegenheit ist ein Stück seiner Pflicht. „L'ignorance d'un officier public", schreibt Laurent,[1] „quand elle porte sur les règles et devoirs de sa profession est une faute lourde, que la bonne foi ne saurait excuser et qui engage sa responsabilité à l'égard des tiers, si cette faute leur a causé préjudice. Les officiers publics sont en faute quand ils ignorent le droit, comme l'ouvrier qui ne connait pas les règles de son art . . .

. . . Quand même il s'agirait d'un point de droit controversé ils doivent choisir l'opinion qui les met à

[1] Laurent: Principes du droit civil franç., XX., 514, 515.

l'abri de toute responsabilité et non celle qui pourrait donne lieu à une action en dommages-intérêts. C'est la remarque de la Cour de Bourges et elle est parfaitement fondée; il y aurait inprudence à adopter une opinion, quelque probable qu'elle paraisse, dès qu'elle laisse un doute, alors qu'en suivant l'autre opinion l'officier public se met à couvert de toute action et l'inprudence suffit pour engager la responsabilité."

b) Die zweite Kategorie von Amtshandlungen umfasst diejenigen, welche die Beamten auf Grund höheren Befehles vornehmen. Hier tritt der Begriff des Verwaltungsorganismus dem Begriffe der Beamtenverantwortlichkeit entgegen. Die Aemterorganisation beruht eben auf einer Ueber- und Unterordnung der Behörden, denn bei Mangel einer solchen Ordnung müsste die Einheit in der Durchführung der Staatsaufgaben entbehrt werden; wenn daher die Tätigkeit Vieler demselben Ziele gewidmet sein und dieses Ziel wirklich erreicht werden soll, so ist die erste Voraussetzung, dass der Beamte der untern Behörde dem rechtmässigen Dienstbefehle der Oberbehörde unbedingt Folge leistet.[1] Der Beisatz „rechtmässig" rechtfertigt sich durch den Umstand, dass der Befehl des Vorgesetzten zur Verfassung oder Gesetz in Widerspruch treten kann, wobei es dann im einzelnen Falle für den Beamten oft schwierig ist, die zu erfüllende Pflicht zu erkennen.[2] Man behilft sich

[1] Mit dieser Pflicht des Beamten, dem Befehl der vorgesetzten Behörde nachzukommen, steht die Pflicht einer Behörde, den Requisitionen anderer Behörden gemäss den Gesetzen über Gewährung der Rechtshilfe zu genügen, in analogem Verhältnisse.

[2] Die von Bluntschli (Allgem. Staatsrecht, II., 138) und von Mohl (Württemb. Staatsrecht, I., 775, 780) und von Rönne (Preuss. Staatsrecht, II., S. 428) acceptierte Remonstrationstheorie Gönners kannte allerdings einen solchen Konflikt nicht. Der Absolutismus hatte eine

damit, dem Beamten das Prüfungsrecht über die formelle Rechmässigkeit des erhaltenen Befehls einzuräumen. Dennoch hat, wie insbesondere Laband [1] unter juristischer Begründung ausführt, der Beamte den Befehl nach drei Richtungen hin zu prüfen:

1. ob derselbe die vorgeschriebene amtliche Form habe, ob er z. B., wenn schriftlich erteilt, die Unterschrift des Vorgesetzten enthalte u. s. w.

2. ob ihm, dem Unterbeamten, die allgemeine sachliche oder örtliche Zuständigkeit zur Ausführung des Befehles beiwohne. Der Beamte hat selbstredend solchen Anordnungen der vorgesetzten Behörde nicht nachzukommen, welche nicht amtliche Geschäfte — der Beamte ist kein Privat- sondern ein Staatsmann — zum Inhalte haben; ebenso liegt auf der Hand, dass ein Beamter nicht verpflichtet ist, solche Dienstbefehle des Vorgesetzten auszuführen, welche nicht in den Geschäftskreis seiner gesetzlich normierten Zuständigkeit gehören. „Der Vorgesetzte ist", um mit

---

leichte Position, indem nach dem Grundsatze Gönners der Staatsdiener die Verbindlichkeit hatte, die Befehle des Regenten oder vorgesetzter Behörden in seinen Amtssachen ohne alle Rücksicht auf seine Privatüberzeugung zu befolgen.

Allerdings lag es in seiner Pflicht, seine etwaigen Bedenken wegen Rechtswidrigkeit oder Unzweckmässigkeit der erhaltenen Weisungen vor Ausführung derselben „mit furchtloser Bescheidenheit" vorzutragen, fand aber seine Remonstration bei der höheren Stelle kein Gehör, so blieb ihm nur der unbedingte Gehorsam („gloria obsequii"). Anders liegt die Sache mit Einführung konstitutioneller Verfassungen; da ist die Möglichkeit vorhanden, dass die Verfügungen der vorgesetzten Behörde mit der Verfassung und den Gesetzen in Widerspruch treten. Der Richter allerdings wendet lediglich das bestehende Recht an, allein das Wesen des Verwaltungsdienstes fordert Unterordnung des niedern Beamten unter die Befehle des höhern. Gönner, a. a. O., § 79, S. 202, 206, 208 ff. — Sttatslexikon der Görresgesellschaft, a. a. O., S. 171.

[1] a. a. O., I., 442.

Laband[1] zu reden, „nicht imstande, die Zuständigkeit des Untergebenen zu erweitern und vermag deshalb demselben keine dienstlichen Befehle mit verbindender Kraft zu erteilen, welche ausserhalb des Umfanges dieser gesetzlichen Zuständigkeit fallen“;

3. ob der Befehlende die allgemeine sachliche und örtliche Kompetenz besitze, einen Befehl der fraglichen Art zu erteilen. Die Frage dagegen, ob die vorgesetzte Behörde im einzelnen Falle von ihren Amtsbefugnissen einen angemessenen Gebrauch gemacht, entzieht sich der Kritik der Untergebenen. Laband[2] argumentiert, dass der Vorgesetzte nicht imstande sei, durch seine Verfügungen seine eigene Kompetenz zu erweitern und dass deshalb Anordnungen, welche ausserhalb dieser Kompetenz liegen, rechtlich nicht als amtlich gelten können.[3]

Der Beamte ist demnach dafür verantwortlich, dass die Ausführung des ihm gewordenen amtlichen Befehles innerhalb der Grenzen seiner Unterordnung lag, d. h. er ist verantwortlich für die Erfüllung seiner diesbezüglichen Prüfungspflicht.[4]

Was nun den Inhalt des Befehles betrifft, ergibt sich von selbst, dass, indem der Beamte die beider-

---

[1] a. a. O., I., S. 443.

[2] Laband, a. a. O., § 47.

[3] I., S. 442—445.

[4] Wenn eine untere Amtsstelle den Weisungen und Anordnungen der übergeordneten Behörde nicht Folge leistet, so kommen nicht die Strafgesetze betr. Zuwiderhandlung gegen amtliche Weisungen (indem hier nur die Akte der Privaten in Betracht fallen), sondern die Paragraphe betr. Verletzung der Amts- und Dienstpflicht zur Anwendung; denn die Beobachtung einer Verfügung einer höhern Instanz durch die untergeordneten Beamten ist (servatis servandis) eine diesen kraft ihres Amtes obliegende Verpflichtung. (Bemerkung des st. gallischen Justizdepartements im Amtsbericht vom Jahre 1896, erstattet im Mai 1897, S. 207.)

seitige Kompetenz zu prüfen und den Befehl in der vom Gesetze vorgeschriebenen Weise auszuführen hat, die Gehorsamspflicht der Beamten sich nicht auf Aufträge erstrecken kann, strafbare oder sonst gesetzlich verbotene Handlungen auszuführen. Der Vorgesetzte darf, wenn er sich innerhalb dem Rahmen seiner sachlichen Kompetenz bewegen will, niemals etwas anordnen, was gegen die Gesetze verstösst und der Beamte kann sich niemals in seiner amtlichen Befugnis befinden, wenn er einem Befehl der vorgesetzten Behörde Folge leistet, der dem Gesetze zuwider ist.

Die Fälle der Pflichtenkollisionen sind nach dem Verhältnis der primären und sekundären Imperative zu entscheiden. Es geht über den Rahmen unserer Arbeit, auf eine Erörterung der Frage hier einzutreten. Es sind Umstände denkbar, dass ein Beamter bei korrekter Entscheidung eines solchen Falles die Ausführung eines dienstlichen Befehles des Vorgesetzten verweigern und ihm Abdankung entgegensetzen muss.

Bei rein zivilen, gegen kein allgemeines Strafgesetz verstossenden Rechtsverletzungen hingegen ist der Beamte durch einen ihn dazu anweisenden Befehl gegen persönliche Verantwortlichkeit gedeckt. Die entgegengesetzte Annahme würde die Einheit der Staatsregierung auflösen und ihre Macht lähmen und so für die Staatsordnung weit verderblichere Folgen haben, als eine einzelne Gesetzwidrigkeit, für welche die befehlende Behörde verantwortlich ist.

Der Begriff der Gesetzmässigkeit der Amtshandlung ist kein absoluter. In der Person des vollziehenden Beamten kann auch eine materiell ungesetzliche Handlung gesetzmässig sein, wenn nämlich das Moment, welches dieselbe zur ungesetzlichen macht, der Prüfung des Exequenden nicht unterlag und dieser im übrigen seiner gesetzlichen Prüfungspflicht nachgekommen ist.

Die Verantwortung trifft daher immer denjenigen Beamten, in welchem das zivilrechtliche Erfordernis der Schuld erfüllt ist. Während aber der aus eigener Initiative handelnde Beamte vollauf verantwortlich ist, weil ihm eine unbeschränkte Prüfungspflicht zusteht, beschränkt die Rücksicht auf die Zentralisation der Amtstätigkeit — also das staatsrechtliche Element der Stellung im Amtsorganismus — die Prüfungspflicht und folgeweise die Verantwortlichkeit des einen Befehl des Vorgesetzten ausführenden Beamten. Indem dieser Beamte den ihm gewordenen Befehl nur nach den drei Richtungen selbstständig zu prüfen hat, ob er ordnungsgemäss von dem sachlich oder örtlich zuständigen Vorgesetzten erlassen und er (der Unterbeamte) zu dessen Vollstreckung selbst sachlich und örtlich zuständig sei, ist er auch innerhalb dieser Schranken für den Ausfall seiner freien Entschliessung verantwortlich. Zur Begründung einer zivilrechtlichen Verantwortungsklage gegen einen solchen Beamten bedarf es sonach eines doppelten, subjektiven Klagefundamentes, einer staats- und einer zivilrechtlichen Verschuldung.[1]

c) Diese Rechtssätze finden eine Einschränkung in Bezug auf richterliche Beamte.

Der Richter übt entweder rein richterliche Funktionen aus, oder auch administrative. In der Eigenschaft als Richter hat er keine Vorgesetzten; mit der Selbstständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramtes ist er „keiner anderen Autorität als der des Gesetzes unterworfen". Ihm steht daher gemäss seiner freien Stellung ein umfassendes Prüfungsrecht über die gesetzliche Zulässigkeit einer beantragten Handlung so-

[1] Freund, a. a. O., Bd. I., Heft 2, S. 356.

wohl nach der formellen als auch nach der materiellen Seite hin zu.

Tritt der Richter hingegen in der Eigenschaft als Verwaltungsbeamter in Funktion (wie z. B. bei der Beschlagnahme, beim Depositum), so sind seine Amtshandlungen nach den erst entwickelten Grundsätzen zu beurteilen, wie umgekehrt, wenn der Administrativbeamte in Verwaltungs-Rechtsachen richterlich tätig wird (z. B. der Regierungsrat als Richter über Steuerbussen), die Grundsätze für die Haftung der Richter anzuwenden sind. Es kommt also in der Beamtenstellung und damit als Ausgangspunkt für die zivilrechtliche Entschädigungspflicht nicht der Name, sondern die Funktion des Beamten in Betracht.

Es wird vermutet, der Beamte habe gesetzmässig gehandelt.[1] Aber der für die Legalität der Handlungen des Beamten streitenden Vermutung kann nicht die Bedeutung beigemessen werden, dass durch diese auch die Angabe und der Nachweis der den Eingriff in die Vermögensrechte eines Privaten rechtfertigenden Gründe ersetzt werden könnte.[2]

Betreffend die Beweislast stellt sich die Sache überhaupt so, dass die Obligation des Beamten auf Wahrnehmung seiner Amtspflichten geht. „Diese Wahrnehmung ist in obligatione, das Interesse daran in solutione; und nachdem einmal eine Forderung (zur Erfüllung der Amtspflichten) entstanden ist, streitet die rechtliche Präsumption für ihre Fortdauer, oder,

[1] Vergl. hierüber die canonischen Rechtsquellen in c. 6, X. de renunitiat. 1, 9, und c. 16, X. de sentent. et re jud., 2, 27.

[2] Vergl. Seufferts Archiv, XVI., 113.

was dasselbe ist, gegen ihre Erfüllung, daher der Beamte die Erfüllung einer Amtspflicht beweisen muss.“ [1]

4. Widerrechtlichkeit.

Der Begriff der „Rechtmässigkeit der Amtshandlungen“ erhellt vollständiger aus der Darstellung der negativen Seite: die Widerrechtlichkeit. Diese ist der objektive Grund des Tadels, welchen eine schädigende Handlungsweise herausfordert.

Der Art. 50 des O. R. verpflichtet zu Schadenersatz denjenigen, der widerrechtlich Schaden angerichtet hat (damnum injuria datum). Die kantonalen Gesetze und Bestimmungen über Verantwortlichkeit der Beamten haben nicht, wie das O. R., die „Widerrechtlichkeit“ als solche zum allgemeinen Entstehungsgrund einer Obligation auf Schadenersatz erhoben, sondern gehen bezüglich des persönlichen Momentes von dem Begriffe „böse Absicht und Fahrlässigkeit“ aus; diese Unterscheidung ist indes praktisch nicht von Bedeutung, indem Bundes- und Kantonalrecht doch wieder in demselben Grundsatz sich treffen, dass ohne eine Widerrechtlichkeit eine Schadenersatzpflicht nicht begründet wird.[2]

[1] So in einem Urteilsmotiv in Seufferts Archiv, XXX., 253, S. 381 A. F., in analoger Anwendung der Pandektensprache hinsichtlich der Beweislast für die geleistete Zahlung einer Schuld.

[2] So wurde z. B. die Schadenersatzklage gegen einen Gemeinderat wegen Ausstellung eines ungünstigen Leumundszeugnisses mangels Widerrechtlichkeit abgewiesen von den Schaffhauser Gerichten. (Revue der Gerichtspraxis, Basel 1891, Nr. 25.)

a) Kriterium der Widerrechtlichkeit.

Einig ist man in der Theorie darüber, dass die Widerrechtlichkeit ein objektiver Begriff und somit ohne Rücksicht auf den Irrtum des Handelnden zu beurteilen ist. In der weitern Entwicklung des Begriffes gehen aber die Ansichten auseinander, indem die einen sich dabei auf den Standpunkt des Täters, die andern hingegen auf den des Verletzten stellen.

Das schweizer. O. R.[1] hat sich sowohl im Text als in den Motiven[2] enthalten zu bestimmen, welche Handlungen als objektiv widerrechtliche zu betrachten sind, und auch das kantonale Recht gewährt Freiheit in der Auffassung des Begriffes der Widerrechtlichkeit. Hingegen hat das deutsche bürgerliche Gesetzbuch in seinen Motiven[3] versucht, den Weg zur Bestimmung des Begriffes der Widerrechtlichkeit zu bahnen. Nach dem § 704 zieht jede aus Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit verübte widerrechtliche Handlung die Verpflichtung zum Ersatze des Schadens nach sich. Verletzt ein Beamter eine Amtspflicht und ist die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht (vergl. §§ 322—335, 336, 339—345, 348—353, 353a, 354, 355, 357, 174 Nr. 2 und 3 des St. G. B.), so kann nicht zweifelhaft sein, dass wegen Verletzung eines absoluten Verbotes eine widerrechtliche Handlung im Sinne des ersten Absatzes, § 704, vorliegt; wird ohne amtliche Berechtigung durch die Pflichtverletzung in den Kreis der absoluten Rechte eines andern eingegriffen, so ergibt sich eben so zweifellos eine widerrechtliche Handlung im Sinne des

[1] Siehe Komentar von Schneider und Fick zum O. R., S. 84. Rossel, Manuel du droit féd. des Oblig., Lausanne 1892, S. 94.

[2] Motive, Bd. II., pg. 726 ff.

[3] Bd. II., S. 822—824.

2. Absatzes [1] des § 704. Bei denjenigen Verletzungen der Amtspflicht, welche weder zu der einen, noch zu der andern der vorbezeichneten beiden Gruppen gehören, ist zu unterscheiden, ob die verletzte Dienstpflicht dem Beamten nur dem Dienstherrn (Staat, Gemeinde u. s. w.) gegenüber, oder ob sie zugleich Dritten gegenüber auferlegt ist. Ist die Dienstpflicht nach der Dienstvorschrift, durch welche die Amtspflicht bestimmt wird, dem Beamten auch Dritten gegenüber mit rechtsverbindlicher Kraft auferlegt, so ist unbedenklich eine widerrechtliche Handlung im Sinne des § 704 wegen Verletzung eines absoluten Verbotes anzunehmen. Die Entscheidung der Frage aber, ob die verletzte konkrete Dienstvorschrift so oder anders zu verstehen ist,[2] hängt in jedem konkreten Falle von der Auslegung der betreffenden Dienstvorschrift ab. Im Falle die Amtspflicht aber nur dem Dienstherrn gegenüber auferlegt sei, würde die Annahme einer widerrechtlichen Handlung und daraus folgender Ersatzpflicht gegenüber dem geschädigten Dritten zu unerträglichen Härten führen, angesichts der grossen Zahl von Dienstvorschriften, welchen nur der Charakter von blosen Ordnungsvorschriften inne wohne.

Diese Kriterien der Rechtswidrigkeit einer Amtshandlung befriedigen nicht ganz. Denn nicht auf die Art der Pflichtverletzung kann es ankommen, sondern die Lösung der Frage ist darin zu suchen, ob überhaupt eine Pflichtverletzung (ohne Rücksicht auf deren Beschaffenheit) vorliegt und ob dieselbe Ursache einer Schädigung geworden ist. Irrelevant ist dabei die Voraussehbarkeit der Entstehung eines Schadens, weil der Beamte, der seine eidlich angelobte amtliche Pflicht verletzt, zivilrechtlich keine mildere

[1] D. h. Voraussehbarkeit der Entstehung des Schadens ist nicht erforderlich.

[2] D. h., ob die Amtspflicht auch Dritten gegenüber auferlegt sei.

Behandlung verdient, falls er den Schaden auch nicht vorausgesehen.

Abweichend von dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch genügt nach schweiz. O. R. zur Begründung einer Schadenersatzklage der Nachweis, dass überhaupt eine objektiv rechtswidrige Handlung vorliegt und der widerrechtlich Handelnde bei gehöriger Aufmerksamkeit, d. h. bei demjenigen Grade derselben, der ihm nach allgemeiner Rechtsanschauung und nach positiver Rechtsvorschrift zuzumuten ist, die Widerrechtlichkeit hätte erkennen und den daraus hervorgehenden Schaden vermeiden können.[1]

Will man sich nun mit der Mehrheit der Schriftsteller auf den Standpunkt des Verletzten stellen, so muss die Widerrechtlichkeit bezeichnet werden als das in die Rechtssphäre eines andern eingreifende Verhalten.[2] Unter Rechtssphäre einer Person ist die Gesamtheit ihrer subjektiven Rechte und rechtlich geschützten Interessen zu verstehen. Sofort ergibt sich die Schwierigkeit, dass nach dieser Theorie einerseits der Verletzte den Beweis antreten muss, es bestehe ein objektiver Rechtssatz, der die betreffende Handlung direkt verbietet und das verletzte Interesse zum Rechtsgut erhebt, anderseits aber solche Rechtssätze oft da fehlen, wo dennoch die Praxis ein Interesse schützen zu müssen glaubt! Ein gesetzlicher Schutz ist für solche Interessen durch einen allgemein gefassten Gesetzesartikel über Schadenersatz (wie z. B. Art. 50, O. R.) begrifflich noch nicht gegeben, und zwar deshalb nicht, weil ein solcher Artikel einen anderen Gesetzesartikel zur Voraussetzung haben würde, durch welchen das Interesse als ein rechtliches anerkannt wird.

---

[1] Botschaft des Bundesrates zum O. R., S. 26.

[2] Binding, Normen, I., 298; Regelsberger, Pandekten, I., 644; Windscheid, Pandekten, I., § 101; Laurent, a. a. O., XX., Nr. 404, Demolombe, code Nap. XXXI., 571; Martin, de la responsabilité resultant de délits, in Z. Sch. R., VIII., N. F. 1 ff.

So versagt diese Theorie oft den Dienst, abgesehen davon, dass sie sich nicht konsequent bei der Notwehr, beim Notstand und bei der Einwilligung des Geschädigten durchführen lässt.[1] Die Einwilligung des Geschädigten nimmt der Handlung nicht den Charakter der Widerrechtlichkeit, es sei denn, dass die Rechtsordnung ein Verfügungsrecht über das beschädigte Rechtsgut für Dritte zulässt.

So gelangen wir zu der Ansicht jener, die sich auf den Standpunkt des Täters stellen.[2] Von diesem aus ist widerrechtlich alles, was ohne Recht geschieht (omne quod non jure fit),[3] mit andern Worten: widerrechtlich, unbefugt und ohne Berechtigung handeln sind gleichbedeutende Ausdrücke. Nur diese, von Rensing ausführlich dargelegte Theorie erklärt uns auch die beständige Praxis des schweiz. Bundesgerichtes, welche dem unschuldig Verhafteten nur dann eine Entschädigung zuspricht, wenn die Verhaftung eine gesetzwidrige war,[4] während die Vertreter der erstbesprochenen Ansicht die Entschädigung jedem unschuldig Verhafteten zuerkennen müssten. Der Beamte hat also nicht zu untersuchen, wo die Grenzpfähle der Rechte Dritter zu finden seien, sondern einfach zu prüfen, ob ihm eine Befugnis in dieser oder jener Weise zu handeln zu-

---

[1] Ausführlich hierüber: Rensing, Die Widerrechtlichkeit als Schadenersatzgrund nach schweiz. O. R. und Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Freiburg i. d. Schweiz 1892.

[2] Rensing, a. a. O., 12 ff.; Jacottet, Manuel du droit fédéral des obligations, Neuchâtel 1884, p. 42.; O. Mayer, la Concurrence déloyale in Goldschmidts Zeitschrift, XI., N. F. 370; Woelbroek, Cours de droit industriel, I., Nr. 192; E. Liechti, Die Verrufserklärungen im modernen Erwerbsleben, Zürich 1897, p. 87 ff.; Stooss scheint beide Theorien zu verbinden, wenn er sagt: „Widerrechtlich ist jeder Eingriff in die Rechtssphäre des andern, zu welchem dem Handelnden keine Befugnis zusteht". (Z. Sch. R., V., N. F., 571 ff.)

[3] l. 1, pr. Dig. de injur., 47, 10; l. 5, § 1, Dig. ad. leg Aqu., 9. 2.

[4] E. B. G., III., 818 und VI., 240.

stehe.[1] Daher ist klar, dass von einer widerrechtlichen Handlung dann nicht die Rede sein kann, wenn ein öffentlicher Beamter, der hiezu kraft seines Amtes verpflichtet ist, über den Ruf einer Person nach pflichtgemässer Prüfung eine, wenn auch minder günstige, ja geradezu nachteilige Auskunft erteilt.[2] Hier handelt der Beamte nicht rechtswidrig, sondern gegenteils in rechtmässiger Ausübung seines Amtes.[3]

Die Anwendung des von uns aufgestellten Kriteriums der Widerrechtlichkeit bietet auch keine Schwierigkeiten bei den Unterlassungen.

Es steht ausser Zweifel, dass eine rechtliche Verpflichtung, einen bevorstehenden Schaden abzuwenden, nicht ohne weiteres für denjenigen besteht, der dazu die Macht hat, selbst wenn es seinerseits nur eines geringen Aufwandes von Kraft oder Mühe bedürfte. Das Gebot ist in diesem Falle ein Sittengebot und nicht ein Rechtsgebot. Während nun nach Ansicht unserer Gegner der Beamte hier im einzelnen Falle prüfen müsste, ob er durch seine Unterlassung den Rechtsanspruch eines andern verletze, so hat er sich nach unserer Meinung nur zu fragen, ob eine Pflicht zu handeln vorliege.

Ausser durch Gesetz oder Vertrag kann aber eine Rechtspflicht zu handeln aus der eigenen Tätigkeit entspringen. Wer eine an sich erlaubte Handlung vornimmt

---

[1] Vergl. auch die Motive zu § 1 des österreichischen Gesetzes über das Klagerecht der Parteien wegen der von richterlichen Beamten zugefügten Rechtsverletzungen (nebst Materialien, herausgegeben von Dr. Jos. Kaserer, Wien 1873. S. 29).

[2] Besonders häufig kommen diese Fälle vor auf dem Gebiete der Verwaltung, namentlich bei polizeilichen Massnahmen, welche Eigentums- und gewerbliche Verhältnisse betreffen oder welche Konzessionen gewähren und entziehen, oder welche den Bürgern Auflagen machen u. s. w. Vergl. Anmerkung 2 auf Seite 50.

[3] E. B. G., XVI., 112.

und einen Zustand schafft, aus dem für einen andern Schaden entsteht, ohne die durch die Umstände gebotenen Vorsichtsmassregeln zu treffen, begeht eine rechtswidrige Unterlassung. Das Prinzip ist allgemein anerkannt.[1]

Die Unterlassung kann auch in einem technischen Fehler (z. B. Unaufmerksamkeit bei Aufbewahrung von Urkunden) oder in der Verletzung der dem Beamten obliegenden Sorgfalt bestehen.

So haben z. B. die Mitglieder einer vom Staate gewählten Bankkommission die Pflicht, den Geschäftsbetrieb der Kantonalbank im Ganzen und Einzelnen zu prüfen und solche Verwaltungsverrichtungen und Geschäfte, welche dem Gesetze und statutenmässigen Zwecke der Kantonalbank widersprechen und die Interessen des Staates schädigen, der Staatsbehörde mitzuteilen.

Ist nun durch den Mangel an Sorgfalt bei der Prüfung seitens der Bankkommission ein die Interessen des Staates schädigendes Geschäft nicht rechtzeitig entdeckt und der Staatsbehörde zur Kenntnis gebracht worden, so ist die Bankkommission für den daraus erwachsenen Schaden verantwortlich und kann sich nur durch den Beweis von der Haftbarkeit befreien, dass ihr kein rechtswidriges Verhalten, kein zurechenbares Verschulden zur Last falle.[2]

Nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes ist eine Unterlassung, abgesehen von dem Falle, wo ein ausdrückliches Gebot der Rechtsordnung zum Handeln besteht, nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen auch dann als rechtswidrig zu betrachten, wenn ein vorangegangenes Handeln eine allgemeine Rechtspflicht (ex re) zu einer späteren Tätigkeit begründet. (S. Urteil des B. G.

---

[1] Vergl. E. B. G., XI., 61.

[2] Vergl. Urteil vom 20. September 1883 i. S. Fiskus des Kantons St. Gallen c. Präs. Wirth-Sand und Cons. E. B. G., B. IX.

i. S. Weber c. Gotthardbahn vom 23. Januar 1885, B. XI., p. 56 ff.) [1]

Endlich bewährt sich das aufgestellte Kriterium auch im Falle des sog. jus eminens,[2] ohne diesem eine Ausnahmestellung im Rechtssystem anzuweisen. Eine Widerrechtlichkeit liegt hier deshalb nicht vor, weil die Berechtigung zur Handlung, aus der ein Schaden für eine Drittperson erwächst, auf Gründen der öffentlichen Wohlfahrt (analog der Expropriation) beruht. Eine Schädigung muss dann wie ein gemeines Unglück von denjenigen Personen getragen werden, welche von derselben getroffen werden und erscheint ein privatrechtlicher Entschädigungsanspruch nur insofern begründet, als das Gesetz, welches den Eingriff vorschreibt oder gestattet, einen solchen ausdrücklich anerkennt.[3]

Die Widerrechtlichkeit beurteilt sich daher nach dem Kreis von Befugnissen und Pflichten des Beamten. Dieser Kreis ist umschrieben durch

a) die allgemeinen Rechtsgesetze und Rechtsverordnungen;
b) die Verwaltungs-Gesetze und Verwaltungs-Verordnungen;
c) die allgemeinen aus dem Staatsdienstverhältnis und
d) die aus dem konkreten Dienstverhältnisse entspringenden Pflichten und Befugnisse.

Die letzteren werden meistens in einer Dienstinstruktion oder in einem Dienstreglement niedergelegt. Das Reglement zählt jedoch nie erschöpfend die Dienstpflichten auf, weshalb der Beamte seinen Verbindlichkeiten nicht völlig genügen würde, wenn er nur das Reglement vollzieht.

In Fällen, wo seine Tätigkeit durch den Amtsinhalt angezeigt erscheint, ist er dazu verpflichtet, auch wenn das

---

[1] cf. Liszt, Lehrbuch des Strafrechtes. 6. Aufl., S. 109.
[2] l. 29, § 7, Dig. 9, 2 und l. 13, Dig. 18, 6.
[3] E. B. G., IV., 52.

Reglement darüber nichts enthält. Dieser Satz ist nicht gleichbedeutend mit der von Bernatzik [1] aufgestellten Behauptung, dass alle Verwaltungshandlungen (der Beamten) mindestens durch die allgemeine Rechtsnorm: „Tue was du glaubst, dass es durch das öffentliche Wohl bedingt ist", gebunden seien. Eine so formulierte Norm enthält nämlich nur ein Element der Dienstpflicht des Beamten von überwiegend ethischer Natur und ihre Verletzung kann, wie Bernatzik selbst, S. 44, zugibt, nur disziplinarische Folgen nach sich ziehen, insofern der Beamte nicht geglaubt hat, dass seine Handlung durch das öffentliche Wohl bedingt sei.

Die Folgen der Gesetze und der giltig erlassenen Verordnungen hat hingegen weder der Beamte noch der Staat zu vertreten.

b) Widerrechtlichkeit bei Ausübung eines Rechtes (Chicane).

Eine Widerrechtlichkeit kann auch in der Art der Ausübung eines Rechtes liegen. Wird ein Recht nämlich durch eine Handlung ausgeübt, welche dem Zweck der Rechtsordnung als Friedensordnung widerspricht, so kann sie deren Missbilligung nicht entgehen. Eine solche Ausübung eines Rechtes nennt man Chicane: Unschicklichkeit (turpitudo), Formverletzung. Das römische Recht hat die Widerrechtlichkeit derselben anerkannt und damit dem Satze: „Qui jure suo utitur, neminem laedit" eine beschränkte Gültigkeit gegeben.[2] Dasselbe gilt von dem allgemeinen preussischen Landrecht.[3] Der gleichen Rechtsanschauung huldigt auch

[1] Rechtssprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1886, S. 46.

[2] Gajus, I., § 53; l. 38, Dig. de rei vind, 6. 1. Pernice, Labeo, II,. 13, Note 10; Windscheid, Pand., I., § 121, S. 342 und Anm. 31.

[3] § 87 und § 90. Einleitung, ferner § 36 und § 37, I., 6; § 20, I., 19; § 29, I., 22; 27, I., 8.

die französische Jurisprudenz [1] und die schweizer. Gerichtspraxis; [2] ebenso hat sich das deutsche bürgerliche Gesetzbuch derselben nicht entziehen können.[3]

Die Anwendung dieses Grundsatzes auf die Beamtenverantwortlichkeit zeigt eine Rechtsbelehrung des st. gallischen Justizdepartementes:

„Wenn eine Amtsstelle bei Ausübung einer amtlichen Verrichtung sich zwar innert den Rahmen ihrer sachlichen Kompetenz bewegt, dabei aber sich einer Form bedient, welche einen Dritten an Ehren kränkt, so verletzt sie dadurch nicht eine ihr in öffentlicher Stellung speziell auferlegte Pflicht, sondern eine allgemeine und für jedermann bestehende Norm, die auf alle Bürger ohne Unterschied ihrer öffentlichen Stellung Anwendung findet. Der betreffende Beamte hat sich demnach hiefür in gleicher Weise wie jeder Private zu verantworten, und bezüglich des Verfahrens gelten sowohl hinsichtlich der Klage wegen Injurie, als derjenigen wegen daraus resultierender Schadensersatzpflicht nicht jene die Klage erschwerenden Vorschriften des Verantwortlichkeitsgesetzes, sondern die gewöhnlichen Bestimmungen des Zivilprozesses." [4]

Demnach kommt es hier nur darauf an, ob die an sich legitime Handlung des Beamten durch ihre chicanöse, unschickliche Form ein allgemein verbindliche, positive Rechtsnorm verletzte. Eine solche Rechtswidrigkeit hat aber,

---

[1] Vergl. Rensing, a. a. O., 42; Laurent, a. a. O., Nr. 412; Sourdat, traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats, I., 484.

[2] Vergl. E. B. G., X., 576 und Stooss über das Verhältnis der zivilrechtlichen Haftbarkeit nach Art. 50 ff. des schweizer. O. R. zum kantonalen Strafrecht (in der Z. Sch. R., Bd. 27, S. 589).

[3] Vergl. § 705; ferner Rewoldt in Gruchots Beiträgen, XXIV., 677.

[4] Amtsbericht des st. gallischen Regierungsrates über das Jahr 1896, S. 206, Ziff. 11.

streng genommen, mit der Beamteneigenschaft nichts zu schaffen und ist daher nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen, wobei allerdings in strafrechtlicher Beziehung das Amtsverhältnis als erschwerender Umstand in Betracht fallen kann.

Hieher gehört auch eine den Annalen der badischen Gerichte [1] entnommene Urteilsmotivierung:

„Ein Beamter, der innerhalb seines Auftrages handelt, kann denselben gleichwohl gut oder schlecht vollziehen. Wenn er nun den Auftrag, wobei immer mehr oder weniger in sein Ermessen gelegt ist, schlecht vollzieht, mit andern Worten: wenn er eine in seiner Kompetenz gelegene Handlung aus Leidenschaft oder Unverstand schlecht vornimmt, wenn er bei dem in seiner Kompetenz gelegenen Ermessen sich für das Zweckwidrige oder Gesetzwidrige entscheidet, so muss, wenn dadurch ein Schaden veranlasst wurde, je nach seiner grösseren oder geringeren Verschuldung, eine Entschädigungsklage gegen ihn statthaben."

Im Anschluss daran wird zugleich bemerkt, dass über die eine Entschädigungsklage bedingende Unzweckmässigkeit oder Unnotwendigkeit einer amtlichen Anordnung nicht der Zivilrichter, sondern die vorgesetzte Behörde des beklagten Beamten vorgängig entscheidet und dann erst die weitere Frage über die Begründung der Klage in quali et quanto als dem Privatrechte angehörig zugleich mit der Schuldfrage dem Zivilrichter zur Beurteilung zugewiesen wird.

c) Widerrechtlichkeit bei Funktionen richterlicher Natur.

Besondere Aufmerksamkeit verdient das Kriterium der Widerrechtlichkeit bei richterlichen Funktionen, deren Natur

[1] Seufferts Archiv, X., 51.

manche Eigentümlichkeit bedingt. Bei jedem Prozess ist ein doppeltes Verhältnis zu unterscheiden, ein privatrechtliches und ein öffentlich-rechtliches (publicistisches).

Das erste ergibt sich aus dem nur die Parteien berührenden Klaggrunde (der gewöhnlich ein privatrechtlicher ist), das zweite aus der Rechtsschutzaufgabe des Staates, gemäss welcher dem einzelnen das Recht auf Gewährung der staatlichen Rechtshülfe gegen Anzweiflung und Widerstand (Fesstellungs- und Vollstreckungsverfahren) eingeräumt, dem Beklagten der Einlassungszwang auferlegt und hierauf durch den Richter als Organ des Staates über die Rechtsverweigerung oder Verzögerung oder in der Form der Gewährung der Versagung der Bitte um Rechtshülfe geurteilt wird.

Widerrechtlichkeit ist bei dem publicistischen Rechtsverhältnis möglich in der Form der Verletzung der Rechtsgleichheit und in der Form der Rechtsverweigerung.

In beiden Richtungen verletzt dann der Staat die aus seinem Zwecke sich ergebende Schutzpflicht; aber gegen diese Verletzung gibt es dem souveränen Staat gegenüber keine Hülfe. Ebenso verletzt der Richter, welcher sich in diesen beiden Richtungen verfehlt, nur die Amtspflicht, denn als Organ des Staates kommt der Richter nur bei dem öffentlich-rechtlichen Prozessverhältnis in Betracht, in welchem der Richter zur Wahrung der staatlichen Rechtsschutzaufgabe vom Staate delegiert ist, woraus folgt, dass der Inhalt der richterlichen Aufgabe lediglich von dieser Seite bestimmt wird und nicht durch die Rechte der streitenden Privaten.[1] Gegen Amtspflichtverletzungen des Richters ist dagegen im Beschwerdeweg Abhülfe zu gewinnen.

Rechtsverweigerung aber ist nicht blos da vorhanden, wo der Zutritt zu den Gerichten verschlossen oder die Gerichtsbehörden ihren Dienst in vom Gesetz vorgeschriebenen

[1] Vergl. Wach in Grünhuts Zeitschr., VI., 555.

Fällen versagen, sondern auch in solchen Fällen, wo der Richter in Ausübung seiner Funktionen einer Gesetzesbestimmung eine willkürliche Interpretation und dadurch Akte, die das Gesetz offenbar gar nicht treffen wollte, als verboten unterdrücken will.[1]

Als widerrechtliche Rechtsverweigerung gilt dem schweizer. Bundesgerichte auch die Weigerung der Justizverwaltungsbehörde, einer Partei einen unparteiischen Richter anzuweisen in einer Rechtssache, welche kraft Schiedsvertrages vor ein Schiedsgericht gehört.[2]

Verletzung der Rechtsgleichheit liegt nicht vor, wenn die Praxis der Behörden mit Bezug auf die Anwendbarkeit eines verschiedener Auslegung fähigen Gesetzes aus sachlichen Gründen wechselt.[3]

---

[1] E. B. G., IX., 411.
[2] E. B. G., VII., 283.
[3] E. B. G., VII., 633.

II. KAPITEL.

Die Schuldfrage.

Wenn eine widerrechtliche schädigende Handlung vorgekommen, so nimmt das Gesetz an, es sei dieselbe deshalb erfolgt, weil die verantwortliche Person nicht die verlangte Sorgfalt angewendet, den Schaden bei Erfüllung der Amtspflichten zu verhüten. Das Gesetz präsumiert also das Verschulden der haftenden Person, welche daher den Entlastungsbeweis durch Nachweis des Nichtverschuldens zu leisten hat.[1]

Als Schuldformen bezeichnet nun das O. R. (Art. 50) und die kantonale Gesetzgebung die böse Absicht oder den gewissenlosen Vorsatz (dolus) und die Fahrlässigkeit in verschiedenen Abstufungen.

§ 1. Vorsätzliches Handeln (dolus).

Vorsatz ist das Handeln mit dem Bewusstsein, dass das, was man tut oder unterlässt, einem andern Schaden verursacht. Das Motiv (Absicht), warum man es tut, ob

[1] Vergl. A, Bieder, Die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen nach schweiz. O. R. (in der Z. Sch. R., Bd. 27, S. 354 ff.).

aus Mutwillen, Bosheit oder Rache, ist an sich gleichgültig.[1]

Die Absicht wäre sonach der durch das besondere Zweckmoment qualifizierte Vorsatz. Der Sprachgebrauch ist indes sehr schwankend. Während das O. R. an dem Begriffe „Absicht" festhält, werden in den kantonalen Rechten „Vorsatz" und „Absicht", „Wille" und „Vorsatz" vielfach als gleichbedeutend verwendet.

Zur absichtlichen Schädigung ist das Bewusstsein der schadenwirkenden Kausalität der Handlung erforderlich.[2] Der Handelnde muss den Eintritt eines Schadens als Folge seiner Handlung vorhersehen und daher den Schaden (wenn auch vielleicht blos eventuell gewollt) beabsichtigt haben. Es ist nicht erforderlich, dass der Schaden der Zweck seines Handelns war, wohl aber, dass er denselben vorhersah und ihn daher, indem er trotz des Bewusstseins von dem schädigenden Erfolge seines Tuns dennoch handelte, in sein Wollen aufnahm, beabsichtigte, mag auch immerhin der Eintritt des Schadens nicht sein Zweck, sondern nur das Mittel zu anderweitigen Zwecken gewesen sein. Diese Auslegung ergibt sich aus dem Wortlaute von Art. 50 in Verbindung mit Art. 674, O. R., und der Vergleichung der Fassung dieses Artikels mit derjenigen der Art. 671 und 672, O. R. Art. 674 leg. cit. fordert „absichtliche" Pflichtverletzung, die Art. 671 und 672 dagegen sprechen durchgängig nur von „wissentlichem" Handeln. Im Gegensatze zum letzteren Ausdruck deutet der Ausdruck „absichtlich" auf das Wollen eines bestimmten, ausserhalb der Handlung liegenden Erfolges hin, als welcher natürlich die blose Pflichtverletzung, Gesetzes- oder Reglements-Ueberschreitung nicht betrachtet werden kann. Dieser

[1] Verg. Liszt, a. a. O., § 38, S. 142 ff.

[2] Bundesgerichtliches Urteil vom 12./13. Oktober 1888, Bd. XIV. Nr. 106, Erw. 6.

Unterschied in der Fassung ist denn auch kein zufälliger, vielmehr wurde in Art. 674 das gemäss Beschluss der nationalrätlichen Kommission auch dort gebrauchte Wort „wissentlich" vom Nationalrate durch „absichtlich" ersetzt, „weil die Haftung für zwar ‚wissentliche', aber nicht ‚absichtliche' Pflichtverletzung zu strenge sei".[1] Ist somit absichtliche Verletzung der Pflicht im Sinne des Gesetzes nicht gleichbedeutend mit wissentlichen Verstössen gegen gesetzliche und reglementarische Pflichten, so kann unter derselben vernünftigerweise gewiss nur Pflichtverletzung in schädigender Absicht, d. h. mit dem Bewusstsein schädigender Wirkung verstanden werden.

Gewissenlosigkeit (dolus) kann natürlich nicht unmittelbar erkannt, sondern nur auf sie geschlossen werden. Gewissenlosigkeit wird z. B. angenommen, wenn das Waisenamt die Anfertigung eines Vermögensverzeichnisses einer unter Kuratel stehenden Person gegenüber unterlassen hat.[2] Eine solche auf Vermutung beruhende Gewissenlosigkeit mag man dolus praesumptus nennen, aber der wirklichen Gewissenlosigkeit (dolus verus) ist sie nicht entgegenzusetzen, weil der Vorwurf des dolosen Handelns immer bewiesen werden muss.[3]

Als vorsätzlich verübt ist eine rechtswidrige Handlung dem Beamten auch dann zuzurechnen, wenn sie auf die Verübung einer andern mit Schaden verbundenen rechtswidrigen Handlung gerichtet war und der Beamte dabei den eingetretenen Erfolg, ohne ihn selbst zu beabsichtigen, doch als wahrscheinlich voraussehen konnte (sogen. dolus eventualis).[4]

---

[1] Schneider und Fick, Kommentar zum O. R., S. 490, 2 Aufl.

[2] Vergl. l. 7 pr. Dig. 26. 7.

[3] l. 18. § 1. Dig. 22. 3.

[4] Vergl. Entscheidung des Kantonsgerichtes St. Gallen 1896, S. 51.

Eine Bestimmung, dass der Beamte nur für dolus hafte, finden wir in den schweizerischen Rechtsquellen nicht; wohl aber begegnen wir in der schweizerischen Gerichtspraxis der Gleichstellung von dolus und grober Fahrlässigkeit. Hierüber im folgenden Paragraphen.

§ 2. Grobe Fahrlässigkeit
(culpa lata).

Fahrlässigkeit (culpa) ist die Unterlassung der schuldigen Vorsicht beim Handeln. Es genügt nicht, dass man beim Handeln keine schädlichen Folgen für andere sieht oder beabsichtigt, sondern man ist auch zur Ueberlegung verpflichtet, ob dieselben nicht möglich sind und hat für Abwendung der möglichen Sorge zu tragen. Gegenüber einer übertriebenen Aengstlichkeit allerdings ist zu bemerken, dass wir blos zu der menschlichen Verhältnissen entsprechenden Sorgfalt verpflichtet sind (diligentia boni patris familias des römischen Rechtes).

Innerhalb dieser Grenzen unterscheidet man grobe und leichte Fahrlässigkeit.

Grobe Fahrlässigkeit (culpa lata) [1] liegt vor, wenn mann nicht einmal die gewöhnliche, jedermann naheliegende Vorsicht anwendet. Als besonderer qualifizierter Fall der culpa lata bezeichnen einige Autoren (besonders Feuerbach, Berner, v. Meyer) die bewusste Fahrlässigkeit (sogen. luxuria, frevelhafter Leichtsinn), wenn der Täter trotz der Vorstellung von der Möglichkeit des Erfolges handelt, obschon in der Erwartung, dass der Erfolg

[1] l. 213, § 2, D., de v. s. 50, 16: „lata culpa est nimia negligentia i. e. non intelligere quod omnes intelligunt". – Vergl. E. B. G., VIII., 804

nicht eintreten werde. Der Nutzen dieser Unterscheidung ist ein sehr fragwürdiger.[1]

In einem Rekursfalle hat die Rekurskommission des st. gallischen Kantonsgerichtes einen Legalisationsbeamten zum Schadenersatz verpflichtet, infolge grob-fahrlässiger ungenügender Erkundigung über die Identität des Urkundenstellers bezw. Unterzeichners.[2] Der betreffende Beamte hatte auf einem Schuldschein nicht blos die echte Unterschrift des seit einigen Monaten zugereisten Schuldners, den er dem Namen nach kannte, sondern auch die falsche Unterschrift der Bürgin X. beglaubigt, die dem Beamten persönlich nicht bekannt war, aber mit dem Schuldner beim Amte erschien und vom Schuldner als ihm persönlich bekannt vorgestellt wurde, auch einige Papiere für ihre Identität vorzuweisen im Falle gewesen sei. Die untere Instanz (Bezirksgericht) hatte den Beamten bei seiner Zahlungsverweigerung geschützt, unter der Voraussetzung, dass er den von ihm angetragenen Erfüllungseid wirklich ableiste. Dieser Eid ging dahin, dass die angebliche Frau X. anlässlich der Legalisation Ausweispapiere vorgewiesen habe, nach denen der Beamte in guten Treuen und nach altgewohnter Praxis annehmen konnte, die Vorweiserin der Papiere sei eine Frau X.

Die Rekurskommission hat aber diesem Eide keine Bedeutung beigemessen, weil gute Treue nicht unvereinbar mit grobfahrlässiger Leichtgläubigkeit und Vertrauensseligkeit.

Das Bundesgericht hat anerkannt, dass im Zivilrecht grobe Fahrlässigkeit dem dolus in der Regel gleichgestellt werde.[3]

---

[1] E. B. G., IX., 389.

[2] Entscheidung des Kantonsgerichtes des Kantons St. Gallen im Jahre 1896, Nr. 22, S. 76. (Anhang zum st. gallischen Amtsbericht 1896, erstattet im Mai 1897.)

[3] E. B. G., IX., 389; Dernburg, Pandekten, Berlin 1892, II., § 36, S. 98 ff.

Ausnahmen treten jedenfalls da ein, wo das positive Gesetz ausdrücklich unterscheidet und die grobe Fahrlässigkeit dem Vorsatz entgegenstellt, wie es z. B. in Art. 7 des st. gallischen Verantwortlichkeitsgesetzes von 1886 der Fall ist. Dort wird bestimmt, dass die Genehmigung der Verwaltungsverrichtungen durch die Prüfungsbehörde das Klagerecht beseitige, wenn nicht dolose Schädigung vorliege. Abgesehen von dieser Besonderheit, die sich auf die verschiedenen Rechtswirkungen der Klagverjährung bezieht, stellen die hier zu berücksichtigenden schweizerischen Rechtsquellen durchgängig dolose und grobfahrlässige Schädigung als gleichwertigen Grund für Ersatzklagen nebeneinander.

Zu den schweizerischen Rechten, welche die Mitglieder von Behörden und Beamte nur dann schadenersatzpflichtig erklären, wenn die Verletzung oder Vernachlässigung der Amtspflichten dem Vorsatze oder der groben Fahrlässigkeit zugerechnet werden muss, sind zu rechnen:

St. Gallen: V. G., Art. 2,

Thurgau: V. G., § 2.

Zürich: P. G., § 416 ff., beschränkt gleichfalls die Schadenersatzpflicht sowohl richterlicher Behörden, wie der Verwaltungsbehörden auf Fälle, wo absichtliche Fehler oder grobe Fährlässigkeit vorliegt; es macht hievon nur eine Ausnahme für Personen, die mit der Führung öffentlicher Bücher im Interesse des Privatverkehrs betraut sind.

Mit den §§ 416 ff. stimmen wörtlich überein die §§ 1769/75 des Privatrechtes des Kantons Schaffhausen.

Tessin (V. G., Art. 19), Wallis (V. G., Art. 15) erklären übereinstimmend die Mitglieder des Staatsrates aus rechtswidrigen Amtshandlungen verantwortlich und schadenersatzpflichtig, wenn der Staat oder ein Bürger einen augenscheinlichen Schaden erlitten, als Folge:

a) einer Handlung, welche zu einer strafrechtlichen Verurteilung Anlass gegeben, oder

b) einer offenbaren und vorsätzlichen Verletzung der Verfassung, eines Gesetzes oder Dekretes.

Von lit. b) sind ausgenommen: die Fälle von Dringlichkeit, wo die Missachtung des Gesetzes auf einem von dem Grossen Rate anerkannten Beweggrund öffentlichen Rechtes gegründet wurde.

Das Kantonsgericht des Kantons Wallis hat in einem Urteil vom 11. August 1876 ausdrücklich entschieden, dass die Mitglieder des Staatsrates auf Grund des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 21. Mai 1840 nur für „violation manifeste et volontaire d'une loi" oder „faute lourde" zivilrechtlich verantwortlich gemacht werden können.

Tessin hat mit Wallis die obgenannten Bestimmungen gemein und darf daher wohl (schon) per analogiam der Schluss gezogen werden, dass auch in diesem Kantone die Mitglieder des Staatsrates nur für offenbare, vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung der Verfassung oder eines Gesetzes zivilrechtlich haftbar gemacht werden können.

Freiburg: Auf Grund von Art. 13 des V. G. sind die Unterangestellten der Vollziehungsgewalt verantwortlich für den Schaden, den sie mit Vorbedacht oder aus grober Fahrlässigkeit herbeiführen (s. Urteil des B. G. i. S. Python c. Fribourg vom 9. Dezember 1887. Sem. judic. 1892, p. 641).[1]

---

[1] Das Bundesgericht hat in einem Entscheide Bourgeois c. Fribourg vom 9. Januar 1885 (nicht publiziert) die Verantwortlichkeitsklage gegen einige Beamte der Vollziehungsgewalt wegen angeblich ungesetzlichen Vollzuges eines Urteils abgewiesen, weil diesen Beamten keine „grobe" Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden könne. — Einen ähnlichen Entscheid hat das Bundesgericht in einem Fall Tschachtli erlassen. Tschachtli hatte beim Staatsrat die Verantwortlichkeitserklärung des Präfekten von Murten wegen ungesetzlicher Verhaftung anbegehrt. Der Staatsrat verweigerte indes die gerichtliche Verfolgungserlaubnis, worauf Tschachtli die Klage im Sinne von Art. 14 des Verantwortlichkeitsgesetzes direkt gegen den Staat richtete. Das Bundesgericht wies den

Blose Haftung für Arglist und grobe Fahrlässigkeit finden wir in Bezug auf die sonst strenger haftenden Vormundschaftsbehörden nur in

Glarus: B. G., § 227,
Baselstadt: Vorm. G., § 75,
Baselland: Vorm. G., § 69,
Wallis: C. G., Art. 188.

Im Schaffhauser Privatrechte (Art. 771) war vorgesehen, dass der Gemeinderat zu Gunsten des Pfandgläubigers, abgesehen von anderweitigen Garantien, auf die Dauer von 6 Jahren für den Erlös von 70% des Schätzungswertes zu haften habe (Art. 771, lit. e). Mit Gesetz vom 27. Februar 1874 betreffend Abänderung verschiedener Paragraphen des P. G. hat Schaffhausen dann aber auf Gesuch mehrerer Gemeinden die Haftung für die Erhältlichkeit der Summe von 70% ganz aufgehoben und die gemeinderätliche Garantie auf die Haftbarkeit für die Richtigkeit der Schatzung im Augenblick derselben beschränkt und auch nur in dem Sinne, dass, wenn vermöge einer aus bösem Willen oder grober Nachlässigkeit unrichtig aufgenommene Schatzung Schaden entstände, der Gemeinderat (nach P. G., § 1771) dem Beschädigten haften müsste.[1]

Kläger ab, weil der Präfekt sich keiner „groben" Fahrlässigkeit schuldig gemacht habe, indem er nur auf höheren Befehl gehandelt habe.

[1] Huber, System des schweizerischen Privatrechtes, Bd. III., 493.

§ 3. Jegliches Verschulden [1]
(omnis culpa).

Leichte Fahrlässigkeit (culpa levis) ist die Ausserachtlassung der Sorgfalt und Behutsamkeit eines guten und verständigen Hausvaters und Geschäftsmannes. Der Massstab eines sorgfältigen Mannes und guten Hausvaters darf bei der verhältnismässig kleinen Zahl von berufsmässig ausgebildeten Beamten in der Schweiz nicht sehr ängstlich bestimmt werden. Eine zu grosse Strenge, d. h. Haftung des Beamten auch für das geringste Versehen, würde sich namentlich in den Kantonen mit Amtszwang nicht rechtfertigen. Würde man überhaupt die zivilrechtliche Haftbarkeit der Beamten nach dem strengen und formellen Massstabe eines stets sorgfältigen, idealen Verwalters bemessen und den Beamten zum Schadenersatz verurteilen, sobald es sich ergibt, dass irgend ein Schaden durch einen völlig korrekten, sorgfältigen Beamten hätte vermieden werden können, so würden sich wohl wenige Männer finden, welche die Beamtenlaufbahn einschlagen und damit eine solche gefährliche Verantwortlichkeit übernehmen wollten.

Ein Richter, dem ein freies Ermessen, eine freie Würdigung aller Verhältnisse zusteht, wird daher die Verantwortlichkeit des Beamten für seine Amtshandlungen mit Mässigung und keineswegs bis an die äusserste Grenze bestimmen.

Gemeinrechtlich wird die Verletzung der Amtspflicht nur unter den Deliktsobligationen, coordiniert mit

[1] Die Ausdrücke levis culpa und levissima culpa kommen allerdings in den römischen Quellen vor, obgleich selten; es ist indes höchst unwahrscheinlich, dass levis culpa ein dem Grade nach grösseres und levissima ein geringeres Verschulden bezeichnet. Vergl. Unterholzners Lehre des römischen Rechtes von den Schuldverhältnissen, Leipzig 1840, I., 276.

dem aquilischen Gesetze und im Anschlusse an die Syndikatsklage behandelt. Verantwortlich ist der Beamte nach römischem Recht für seine Amtshandlungen zunächst nicht mehr und nicht weniger und kaum anders als jeder Privatmann für sein Tun und Lassen. Der Beamte haftet, wie der Private, wenn er dolos dem andern Schaden zufügte (actio doli) und im Falle einer Culpa bei Sachbeschädigung (actio legis Aquiliae).[1] Das öffentliche Amt bewirkt demnach hinsichtlich der Strenge der zivilrechtlichen Haftbarkeit keine Modifikation.

Eine Haftbarkeit für jede culpa ist hinsichtlich von Verwaltungsbeamten im römischen Recht ausdrücklich anerkannt, z. B. in l. 6, Dig. de administrat. rerum ad civitates pertinentium, 50, 8.

Nach französischem Recht haften nichtrichterliche Beamte wie die Privaten nach den allgemeinen Bestimmungen der Art. 1382 und 1383 des Code civil.

Art. 1382: „Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il'est arrivé, à le réparer."

Art. 1383: „Chacun est responsable du dommage qu'il à causé non seulment par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence."

Die französischen Juristen sind indes darüber nicht einig, ob der officier public nur für dolus und culpa lata oder auch für ein geringes Versehen hafte. Die ältere französische Jurisprudenz (Zachariae,[2] Merlin[3]) neigte sich zur erstern Ansicht hin. Nach Zachariae sollten diejenigen, welche „bei Ausübung einer Wissenschaft oder

[1] Vergl. l. 44, Dig. ad. legem Aquiliam, 9, 2. „In lege Aquilia et levissima culpa venit.

[2] Zachariae, Handbuch des französischen Zivilrechtes, II., S. 574 ff. Anders die Bearbeitung dieses Werkes von Crome, Freiburg 1894, II., § 414.

[3] Merlin, Répertoire universel et raisonné, XXI., S. 408 ff.

Kunst“ dem andern einen Schaden zugefügt im Gegensatz zum preussischen System, welches aus der gleichen Erwägung, dass der Beamte „Sachverständiger“ ist, eine verschärfte Haftung für denselben ableitet, nur wegen eines schweren Versehens belangt werden können, „propter judicium lubricum artis“.

Die neuere Jurisprudenz, insbesondere die Laurent'sche Theorie, vertritt hingegen den Standpunkt, dass der Beamte aus rechtswidrigen Amtshandlungen auch bei geringsten Versehen ersatzpflichtig sei, weil der Geschädigte bezüglich der Person des Beamten, dessen Funktionen er in Anspruch genommen, nicht freie Wahl gehabt habe, vielmehr der Beamte, im Gegensatz zum Vertragsgegner, ihm oktroyrt worden sei. So schreibt Laurent: „Il s'agit de savoir si les fonctionnaires sont tenus de la faute la plus légère, de la moindre imprudence et de la moindre négligence. L'affirmative nous paraît certain. Il n'y a qu'un seul et même texte pour la responsabilité de tout homme; si les fonctionnaires sont responsables c'est en vertu des art. 1382 et 1883, donc le droit commun leur est en tout applicable“.[1]

Nach dem preussischen allgemeinen Landrecht haftet im allgemeinen jedermann für vorsätzlichen oder aus mässigem Versehen (d. h. ein Versehen, „welches bei einem gewöhnlichen Grade von Aufmerksamkeit vermieden werden könnte“) zugefügten Schaden. Eine Verschärfung tritt ein für diejenigen Personen, welche die Gesetze besonders verpflichten, vorzügliche Fähigkeiten und Kenntnisse oder eine mehr als gewöhnliche Aufmerksamkeit bei einer Handlung anzuwenden, indem diese auch für ein „geringes Versehen“ verhaftet sein sollen. Gemeint sind damit die sogen. Sachverständigen, denen die Beamten gleichgestellt werden, weil auch von ihnen „eine besondere Kenntnis der Sache“ verlangt wird.

[1] Laurent, a. a. O., Nr. 502, S. 532.

Die preussische Doktrin nimmt daher an, dass nach den §§ 88 und 89, II., 10, A. L. R.,[1] die Beamten in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen gegen dritte Personen für geringes Versehen verantwortlich sind.[2]

Was die Haftung der deutschen Reichsbeamten wegen Verletzung der Amtspflicht betrifft, so bestimmt das Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873, § 13, dass jeder Reichsbeamte für die Gesetzmässigkeit seiner amtlichen Handlungen verantwortlich ist. Im übrigen und insbesondere auch in Betreff des näheren Inhaltes jener Verantwortlichkeit und der einzelnen damit zusammenhängenden, im Reichsbeamtengesetz nicht entschiedenen Fragen, finden die Grund-

[1] A. L. R., § 88: „Wer ein Amt übernimmt, muss auf die pflichtmässige Führung desselben die genaueste Aufmerksamkeit wenden."

§ 89: „Jedes dabei begangene Versehen, welches bei gehöriger Aufmerksamkeit und nach den Kenntnissen, die bei der Verwaltung des Amtes erfordert werden, hätte vermieden werden können, muss er vertreten." Vergl. auch § 23, A. L. R., I., 3.

In einem Falle verurteilte das Reichsgericht (Entsch. in Zivils., XXXIII., 209) auf Grund der Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters einen Vormundschaftsbeamten, welcher Mündelgelder gesetzwidrig auf Hypothek ohne vorangegangene Abschätzung des Pfandgrundstückes angelegt hatte, zum Ersatz für den beim Zwangsverkauf eingetretenen Ausfall. Vergl. ferner ebendaselbst XVIII., 392, und Seufferts Archiv, III., 262, betreffend die Haftung des Kassenbeamten für Diebstähle.

[2] Die Praxis des vormaligen Obertribunals zu Berlin hat in dieser Beziehung geschwankt. In einem Urteile vom 22. Februar 1856 (Striethorst Archiv, Bd. 20, Nr. 18, S. 195 ff.) hat dasselbe ausgesprochen, dass der Beamte wegen geringen Versehens nicht hafte, weil der § 89, A. L. R., nur auf Haftung wegen mässigen Versehens hinweise. In einem spätern Urteile vom 16. März 1868 (Striethorst, Bd. 70, Nr. 36, p. 188 ff.) geht dagegen das Obertribunal davon aus, dass auch schon ein geringes Versehen die Verantwortlichkeit des Beamten begründe. (Vergl. auch Striethorst, Bd. 25, Nr. 50, p. 251 ff.; Bd. 33, Nr. 59, p. 274 ff.) In demselben Sinne hat das Reichsgericht erkannt. (Vergl. Gruchot, Beiträge, XXVIII., p. 968 ff.)

sätze des für die Rechtssellung des betreffenden Reichsbeamten massgebenden Particularrechtes Anwendung.

Das bürgerl. Gesetzbuch[1] für das deutsche Reich regelt das aus der Verletzung der Amtspflicht entstehende Zivilrecht in dem § 736, III. Abschnitt, II. Buch.

§ 736, Abs. 1: „Ein Beamter, welcher die gegenüber Dritten ihm gesetzlich obliegende Amtspflicht aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit verletzt, ist für den hieraus einem Dritten entstandenen Schaden nach Massgabe der §§ 704, 722—726 und § 728, Abs. 1, verantwortlich."

Mit diesem ersten Abschnitte des § 736 ist als allgemeines Prinzip sanktioniert, dass die Haftung der Beamten aus verletzter Amtspflicht nicht Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit erfordert, vielmehr jede, auch die geringste Vernachlässigung der Sorgfalt eines „ordentlichen Hausvaters" bei der Ausübung seines Amtes den Beamten zivilrechtlich verantwortlich macht.

Das schweizer. O. R. stellt in Art. 50 ebenfalls die Haftung für jegliches Verschulden als Regel auf.

Man beachte die Folgen dieser Bestimmung für die Beamten jener Kantone, die von dem Art. 64, O. R., keinen Gebrauch gemacht haben. Art. 50 hat daher z. B. Anwendung auf die Haftung des Staatsrates in Neuenburg und Genf.

Von den kantonalen Rechten gehören hieher:

Bern: V. G., § 2. „Die Verantwortlichkeit besteht in der Verpflichtung zu treuer Erfüllung aller Obliegenheiten des Amtes oder der Anstellung, wie dieselben durch die Verfassung, die Gesetze, Verordnungen, Reglemente oder Instruktionen festgesetzt sind und in der Haftung für allen aus der Verletzung erwachsenden Schaden."[2]

[1] Vergl. die Motive zu dem Entwurf, Berlin und Leipzig 1888, Bd. II., S. 819 ff.

[2] § 3 lautet: Jede Behörde, jeder Beamte und Angestellte ist sowohl gegen den Staat als gegen die Beteiligten (sc. Privaten) verantwortlich.

Dieselben Bestimmungen hat Baselland im V. G., §§ 1, 2, wobei die Verantwortlichkeit noch ausdrücklich auch auf alle Personen ausgedehnt wird, welche entweder provisorisch ein Amt bekleiden oder eine vorübergehende amtliche Funktion übernehmen.

Luzern verfügt in § 11, al. 3, V. G.: „Jede Ueberschreitung der gesetzlichen Befugnisse ab Seite einer Behörde oder eines Beamten berechtigt die Partei, welche dadurch zu Schaden kommt oder in ihrem persönlichen Rechte gekränkt wird, zur Klage auf Missbrauch der Amtsgewalt und je nach Umständen auf Schadenersatz und persönliche Genugtuung bei der betreffenden unmittelbar vorgesetzten Behörde . . ."

Das Gesetz hat in erster Linie die eigentlich verwaltenden Beamten im Auge (Kassen, Gelder, Magazine, Gerätschaften); sie haften bezüglich des ihnen anvertrauten Gutes für jede Fahrlässigkeit (§ 12).

Solothurn. § 1, V. G., erklärt allgemein die Beamten und Angestellten des Staates für den wegen Missbrauch der Amtsgewalt oder Vernachlässigung der Amtspflichten verursachten Schaden verantwortlich. Dass sich diese Verantwortlichkeit auch auf fahrlässige Amtshandlungen bezieht, geht aus einem Urteil des Obergerichtes vom 29. September 1876 hervor, dem wir den Passus entnehmen: „Nach den Bestimmungen des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 24. Dezember 1840 sind die Beamten keineswegs nur für böswillige Verletzungen ihrer Amtspflichten, sondern überhaupt für allen Schaden, den sie durch Ueberschreiten ihrer Amtsgewalt jemanden zufügen, zivilrechtlich verantwortlich."

Freiburg: Nach V. G., Art. 4, haften die Direktoren für die auf die öffentliche Verwaltung bezüglichen Handlungen ihrer Untergebenen insoweit, als jene Handlungen ihrer Schuld oder Nachlässigkeit zugeschrieben werden

können; a fortiori haften sie daher auch für culpa levis bei ihren eigenen rechtswidrigen Handlungen.

Das Kantonsgericht Zug hat in Sachen der Bürgergemeinde Hünenberg gegen den dortigen Gemeinderat das Klagbegehren betreffend Forderung aus Amtsführung auf Grund von §§ 50, 53, 71 des Gemeindeorganisationsgesetzes wegen ungenügender Sicherung eines Kapitalpostens deshalb abgewiesen, weil von einem umsichtigen Rate nicht vorauszusehen war, dass ein Kapitalposten von 1070 Fr. mit einem Vorgange von blos ca. 48,000 Fr., haftend auf einem ca. 118 Jucharten grossen Heimwesen mit Gebäulichkeiten im Assekuranzwerte von 28,000 Fr., je ernstlich durch Falliment und Zustandsgebot gefährdet werden könnte, zumal der fragliche Hof schon anno 1866 waisenamtlich zu 63,000 Fr. geschätzt worden war.[1]

§ 4. Relativer Massstab des Verschuldens (culpa in concreto).

Ein milderer Massstab für die Verantwortlichkeit als der soeben sub 3 behandelte, ergibt sich aus der Haftung wegen culpa in concreto, welche die Ausserachtlassung jener Sorgfalt bedeutet, die jemand in eigenen Angelegenheiten verwendet (diligentia quam in suis rebus adhibere solet). In der l. 22, § 3, Dig. 36, 1, ist angedeutet, dass eine Nachlässigkeit, die grösser ist, als die „in rebus suis consueta negligentia" in die lata culpa übergehe. Es ist jedoch hervorzuheben, dass hier doch immer eine Verpflichtung zur diligentia vorhanden ist, obgleich die-

[1] Rechenschaftsbericht des Obergerichtes Zug vom Jahre 1885. S. 31 ff.

selbe eigentümlich beschränkt wird. Es genügt daher zum Vorwurf der culpa in concreto der Nachweis eines Mangels an Sorgsamkeit, wenn auch nicht gerade einer Unehrlichkeit. Es ist alsdann Sache des Beklagten, den Vorwurf dadurch abzulehnen, dass er zu seiner Entschuldigung nachweist, wie er in eigenen Angelegenheiten nicht sorgsamer zu verfahren gewohnt sei. Die Berufung auf eine Vergleichung zwischen eigenen und fremden Angelegenheiten kann aber nicht bei wichtigen Geschäften Platz greifen, weil man diese nicht nach einem Schlendrian behandeln darf und dann die Entschuldigung vorschützen, dass man nach gewohnter Art verfahren sei. Es würde ferner einen dolus insolvieren, wenn der Beamte des Staates oder der Gemeinde z. B. bei der Aufbewahrung der bei ihm auf Grund der freiwilligen Gerichtsbarkeit deponierten Wertschriften geringere Sorgfalt verwenden wollte, als bei der Aufbewahrung der eigenen.[1]

Man könnte versucht sein, zu behaupten, dass der Beamte nach diesem Massstabe hafte, wenn er infolge Amtszwanges und nicht eigener Bewerbung angestellt wurde. Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass einerseits in der Regel nur zuverlässige Personen zur Uebernahme eines Amtes gezwungen und somit diligentia quam in suis dann von dem im letzen Paragraphen besprochenen Massstabe der Haftung sich kaum unterscheiden würde, anderseits aber die gleichmässige und richterliche Betätigung innerhalb des Staatsdienstes nicht wohl die Anwendung eines verschiedenen Massstabes der Verantwortlichkeit gestattet, wie es die Haftung für culpa in concreto durch die Verschiedenheit der Personen in der Besorgung ihrer Angelegenheiten bedingen müsste.

Gleichwohl begegnen wir auch in unserer Materie Fällen von Haftung für culpa in concreto. Das Obergericht

[1] Vergl. Budde und Scheid, Entscheidungen, VI., 160 f.

von Schaffhausen hat in einem Urteil vom 29. Juni 1877 entschieden, dass der Konkursbeamte als Massakurator „für Sorgfalt wie in seinen eigenen Angelegenheiten“ hafte.[1]

Verantwortlich für culpa in concreto ist nach dem Vormundschaftsgesetz von Baselstadt der Vormund, nicht aber das Waisenamt.

§ 5. Bedeutung des Irrtums für die Schuldfrage.

Wie unter Umständen eine rechtswidrige Handlung des Beamten durch den Befehl des Vorgesetzten gedeckt sein kann, so auch durch das subjektive Moment des Irrtums. Wann entschuldigt Irrtum? Im allgemeinen gilt der Satz: Irrtum im Rechtsstandpunkte schadet, tatsächlicher Irrtum hingegen befreit. Denn der Irrtum im Rechtspunkt (error juris)[2] wird ohne Pflichtverletzung als unmöglich angenommen. Aber auch jeder andere Irrtum, den der Vorwurf der Vernachlässigung amtlicher Pflichten trifft, vermag die Haftbarkeit nicht zu beseitigen. Irrtum ist ein Mangel des Intellektes. Während aber das Strafrecht denselben in concreto nach den Umständen bemisst, setzt das Zivilrecht immer einen gewissen Grad von geistiger Beanlagung voraus, bemessen nach dem bekannten Normalmenschen.[3]

Die zivilrechtliche Behandlung des Irrtums gegenüber der Haftung ist eine schwankende.[4] Der Irrtum über Rechte im subjektiven Sinn (Berechtigungen) kann seinen Grund

[1] Bericht des O. G. 1876/77, S. 58.

[2] Z. B. über das vom Beamten zu beobachtende Verfahren, Dienstreglement.

[3] Motive zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, I., 279.

[4] Windscheid, Pandekten, § 455, a. Z.; Henrici in Grünhuts Beiträge, 32, S. 182 ff.

haben im Irrtum über Tatsachen und ist dann tatsächlicher Irrtum, welcher nach gemeinem Recht entschuldigt, sofern die pflichtgemässe Sorgfalt nicht ausser Acht gelassen wurde.[1] Daraus erklären sich folgende Urteile:[2] „Ein Polizeibeamter sollte unnötigerweise eine Scheune bei einer Feuersbrunst niedergerissen haben, wozu er sich irrtümlich berechtigt glaubte, weil das Niederreissen derselben ihm notwendig erschien. Dieser Irrtum entschuldigte den Beamten."

Ein Grenzaufseher war „befugt", die Ware zu beschlagnahmen, wenn er überzeugt war, dass sie geschmuggelt war; ob sie wirklich geschmuggelt war, ist für seine Schadenersatzpflicht gleichgültig.

Nicht entschuldigen würde infolge Ausserachtlassung der gehörigen Sorgfalt z. B. der tatsächliche Irrtum eines Beamten, der Befehl erhalten hat, verfälschter Milch auf dem Markte nachzugehen und sie wegzugiessen, irrtümlich aber Rahm weggiesst, welchen er für gewässerte Milch hält. Durch den Befehl ist er hiefür nicht gedeckt; der Irrtum ist die Folge pflichtwidrigen Mangels an Aufmerksamkeit.

Dass der Richter auch nicht für die Folgen einer irrigen Auffassung eines Rechtsverhältnisses oder für die Folgen einer irrigen Gesetzesauslegung haftbar sei, werden wir in den nächsten Paragraphen näher erörtern.

[1] Dernburg, Pandekten, I., 203. Kanngisser, Recht und Rechtsbeamten, S. 66.

[2] Bei Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Leipzig 1895, I., §§ 7 und 8. Vergl. auch die dort citierten Quellen.

§ 6. Verschulden auf dem Gebiete der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Häufig finden wir, dass hinsichtlich der Schuldfrage bei beanstandeten Funktionen der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit besondere Bestimmungen gegeben sind.

Zur streitigen Gerichtsbarkeit gehören jene der Zuständigkeit der Gerichte zugewiesenen Angelegenheiten, bei welchen die rechtliche Möglichkeit eines Streites dadurch gegeben ist, dass der Verklagte einem Klagantrag widersprechen kann; zur freiwilligen Gerichtsbarkeit alle jene gerichtsbaren Geschäfte, bei denen jene Möglichkeit ausgeschlossen ist, z. B. Teilungsakte, Amortisationen, Verschollenheitserklärungen, gerichtliche Bestätigung von Verträgen, Homologationen, Fertigungen etc.) und Testamente.[1]

A. Bei Funktionen der streitigen Gerichtsbarkeit.

Die Natur dieser Funktionen bedingt manche Eigentümlichkeiten. Das Urteil ist die Subsumtion eines Tatbestandes unter das objektive Recht. Das objektive Recht bildet den Obersatz, der Tatbestand den Untersatz und die rechtliche Entscheidung den Schlusssatz (Folgerung) eines Syllogismus. Den Obersatz kann sich der Richter nicht selber schaffen, er nimmt ihn als einen von der legislativen Gewalt gegebenen hin, mag auch der Gesetzgeber in

[1] Die Funktionen der Staatsanwälte sind keine richterlichen. Staatsanwälte haben nicht zu entscheiden, sondern nur Anträge zu stellen und durch ihre Anträge die Gerichte im konkreten Falle in Bewegung zu setzen; ihre Stellung gegenüber den Gerichten ist analog der Stellung der Partei.

manchen Fällen dem Richter eine weitreichende diskretionäre Gewalt einräumen und die Berücksichsigung der Billigkeit vorschreiben. Bezüglich des Untersatzes hängt die Gestaltung des Tatbestandes ebenfalls nicht vom Richter ab, sondern er hat ihn so zugrunde zu legen, wie derselbe sich in seinem Geiste als vorhanden wiederspiegelt, mag es denn auch Sache des Richters gewesen sein, den Tatbestad erst zu ermitteln und ihm in diesem Ermittlungsverfahren ein weiter Spielraum geschaffen sein. Der Schlusssatz (die Entscheidung) folgt dann mit zwingender Notwendigkeit aus den Prämissen, unabhängig vom richterlichen Wollen.[1]

Der im Urteil liegende Syllogismus kann aber auch alle Mängel an sich tragen, die mit einer logischen Operation verknüpft werden können.

Der Richter kann sich irren hinsichtlich des Obersatzes (irrige Gesetzesauslegung), hinsichtlich des Untersatzes (irrige Feststellung des Tatbestandes), hinsichtlich der Folgerung (irrige Entscheidung durch unrichtige Motivierung). Bei der ersten und dritten Art Irrtum handelt es sich um keinen fehlerhaften Willen und wird daher entschuldigt. Hingegen ist Nachlässigkeit als Ursache möglich bei der zweiten Art Irrtum, welcher daher nur dann befreit, wenn die durch die Amtspflicht geforderte Sorgfalt nicht ausser Acht gelassen wurde. Durch eine weitere Ausdehnung des Klagerechtes einer geschädigten Prozesspartei wegen Irrtum des Richters würde die richterliche Tätigkeit in einer für die gedeihliche Ausübung und fortschreitende Entwicklung der Rechtspflege äusserst beengenden und somit höchst nachteiligen Weise beeinträchtigt werden.[2]

[1] Vergl. Laband, a. a. O., I., 676 f.

[2] Vergl. Bericht des Ausschusses des österreich. Abgeordnetenhauses über das Klagerecht der Parteien wegen der von richterlichen Beamten zugefügten Rechtsverletzungen (Kaserer. Wien 1873, S. 69).

Der Richter kann aber auch sich schuldhaft verhalten hinsichtlich des Rechtssatzes (Obersatz), durch eine parteiische, ungleiche Auslegung in gleichartigen Fällen (Rechtsungleichheit) und Verdrehung des Wortlautes; hinsichtlich des Tatbestandes (Untersatzes) durch mangelhaftes Studium der Parteiakten, willkürliches Zurückweisen von Beweisanträgen etc.; hinsichtlich des Schlusssatzes (Entscheidung) durch bewusste oder fahrlässige Verschleppung und Verzögerung der Urteilsfällung über eine spruchreife Angelegenheit.

Nach diesen Vorbemerkungen haben wir zu untersuchen, welches Mass an Sorgfalt das positive Recht vom Richter verlangt unter Androhung des Eintrittes von Haftbarkeit für den Fall der Ausserachtlassung derselben.

a) gemeines römisches Recht.

Ausser der strafrechtlichen Verantwortung, welche sich schon in den zwölf Tafeln findet, indem dieses Gesetz dem bestechlichen Richter die Todesstrafe androht, kennt das römische Recht auch eine zivilrechtliche Haftbarkeit des Richters. Die Grundlage dieser Haftbarkeit (Syndikatsklage) bilden zwei der Zeit des Formalprozesses entstammende Stellen des Ulpian [1] und Gajus,[2] als deren gemeinschaftlich sicherer Inhalt der Satz aufzustellen ist:

„Der Richter haftet derjenigen Partei zivilrechtlich, gegen welche er ein wissentlich ungerechtes Zivilurteil gefällt hat („si judex litem suam facit [3] quasi ex maleficio

[1] l. 15. § 1. Dig. 51.

[2] l. 5 § 4. Dig. 44. 7 und l. 6. Dig. 50. 13. pr. J. 4. 5. Vergl. ferner c. 2. Cod. 7. 49; c. 29. Cod. 2. 3; c. 13. § 6; Cod. 3. 1; c. 19. Cod. 4. 20.

[3] Dieser Ausdruck bezeichnet nicht sowohl die obligierende Handlung selbst als deren Wirkung für den Richter. Es scheint, dass ur-

tenetur in factum actione“). Ueber alle andern Punkte richterlicher obligatio herrscht Streit, so darüber, ob er. der Richter, ausser für dolus [1] auch für culpa und eventuell für welchen Grad von culpa er hafte, und dann darüber, von welchem Umfange die Haftung ist und endlich, in welcher Weise die Erben des Richters haften. Auf die Haftung des Richters wegen Fällung eines ungerechten Urteils (sog. Syndikatsklage) beziehen sich noch verschiedene ältere deutsche Reichsgesetze (Reichsabschied von 1532. Art. 1. § 17, Reichskammergerichtsordnung von 1555. Th. III., Tit. 53, §§ 5, 6, 10; jüngster Reichsabschied von 1654. Art. 1577; Konzept der Reichskammergerichtsordnung von 1613, Tit. 63, §§ 13, 14, 18). Ob und inwieweit durch diese Gesetze die Bestimmungen des römischen Rechtes eine Aenderung erfahren haben, ist indessen ebenfalls streitig.[2]

---

sprünglich die Folge richterlicher Verschuldung ein formelles Uebergehen der Prozesschance von der Partei auf den Richter stattfand. Später aber wurde ein selbständiger Anspruch der geschädigten Parteien gegen den Richter eingeführt.

[1] Nur für dolus will den Spruchrichter haften lassen:

Weber in Lindes Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess. VII., 11. während Haffner a. a. O., S. 21. sich für eine Haftung wegen imprudentia (grobe und gewöhnliche Nachlässigkeit) ausspricht. Ebenso Bayer, Vorträge über den ord. Prozess. München 1830. S. 110 ff. — Klewitz, a. a. O., S. 10. meint, nach dem Zeugnis des Ulpian ergebe sich Haftung blos für dolus, nach Gajus hingegen auch für imprudentia. — S. K. Haffner, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Richters. Freiburg i. B. 1885, p. 5 ff. — Lenel, Edictum perpetuum, § 64. S. 137. hält dafür, dass das römische Recht gar keinen nach den gewöhnlichen Regeln bestimmten Grad der Schuld für die Syndikatsklage aufgestellt habe. — Die herrschende Doktrin erklärt sich heute für die Gleichstellung des dolus und culpa lata und hat die Haftung für jedes Verschen aufgegeben. (Vergl. Freund, a. a. O., 368 ff.)

[2] Auf Grund der Bestimmungen der Reichskammergerichtsordnung von 1555 nimmt blose Haftung für dolus an: Unterholzner, a. a. O., § 698; Schwarze, Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, zunächst für das Königreich Sachsen. N. F. XI., 130; Strippelmann, Neue

Doktrin und Praxis des gemeinen Rechtes gewähren aber gegen den seine Amtspflichten verletzenden Richter einen Anspruch auf Schadenersatz, auch wegen solcher bei Ausübung der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit vorgenommenen Amtshandlungen, welche nicht in der Fällung eines Urteils bestehen; doch gehen die Ansichten darüber auseinander, ob der Richter in Ansehung dieser andern Amtshandlungen nur wegen dolus und culpa lata, oder auch wegen culpa levis haftet. Die Praxis schwankt, zeigt aber eine entschiedene Neigung, den Richter, abgesehen von dem Falle eines ungerechten Urteils, für omnis culpa verantwortlich zu machen. (Vergl. dafür Seuffert, I., 166, III., 327, V., 174, XVII., 120, 123, XXI., 57, XXV., 110; dagegen Seuffert, XIV., 140, Nr. 1, XXII., 48, XXXV., 264.) Dasselbe gilt von der Haftung nicht richterlicher Beamten wegen Verletzung der Amtspflicht. (Vergl. Seuffert, II., 54, III., 326, V., 135, 287, X., 51, XV., 189, XVI., 113, XX., 38, XXI., 57, betr. Nichtanwendbarkeit der Syndikatsklage auf die Verwaltungs-

Sammlung von Entscheidungen des O. A. G., Cassel, III., 311; Schlayer in Linders Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess, XIII., 132; Baier, Zivilprozess, 7. Aufl., S. 173. Diese Meinung wird als eine „singuläre, unhaltbare" zurückgewiesen, besonders von Hefftter, System des römischen und deutschen Zivilprozesses, 2. Ausgabe, § 91, und Sintenis, das prakt. gem. Zivilrecht, II., 776 ff. (ed. 2, S. 766 ff.) und die daselbst angeführten vielen andern Autoren. Vergleiche Entscheid des Oberappellationsgerichtes von Jena in Seufferts Archiv, XIV., 227 ff. - Das Oberappellationsgericht von Jena hat auch die Einschränkung, welche manche Lehrer des gemeinen Rechtes für den Umfang der Haftverbindlichkeit des Richters bei schadenstiftenden, auf Fahrlässigkeit des Richters beruhenden Verfügungen dahin aufgestellt haben, dass bei einem blosen Versehen nur auf eine arbiträre, nach dem Grad des Versehens zu bestimmende Leistung geklagt werden könne, — als ganz unbegründet verworfen; die richtigere Meinung gehe vielmehr dahin, dass voller Schadenersatz geleistet werden müsse.

beamten, XXV., 110; Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen, XVII., 26.) [1]

b) Preussisches A. L. R.

Nicht unbestritten ist, ob und inwieweit auch der Richter wegen seiner Tätigkeit bei Fällung eines Urteils in Anspruch genommen werden kann, indem es in dieser Beziehung an einer ausdrückliche, besonderen Bestimmung im A. L. R. fehlt. Die preussische Doktrin nimmt indes überwiegend an, dass der Richter bei seiner Spruchtätigkeit nur wegen dolus und culpa lata haftbar sei. Im übrigen steht der Richter unter den allgemein für Beamte geltenden Gesetzen, insbesondere unter § 88 ff., II., A. L. R.[2]

c) Französisches Recht.

Nur die Haftung des Richters hat das französische Recht im code de proc. civ., art. 505 ff., besonders geregelt, indem es bestimmt, dass, abgesehen von den Fällen, in welchen das Gesetz die Regressklage ausdrücklich zugelassen hat, oder die Richter unter der Strafe des Schadenersatzes für verantwortlich erklärt (vergl. code civil art. 2063), gegen den Richter eine Regressklage statthaft sei, wenn er sich im Laufe des gerichtlichen Verfahrens oder bei der Entscheidung einer Arglist, eines Betruges oder einer Erpressung (Art. 174, cod. pén.) schuldig gemacht habe oder eine Verweigerung der Rechtsprechung vorliege. Ausserdem in den vom Gesetz besonders bestimmten Fällen, z. B.

[1] Motive, Bd. II., S. 820.

[2] Vergl. Seufferts Archiv, Bd. 41, Nr. 272, über die Haftung des Konkursrichters für den Ausfall einer angemeldeten, versehentlich im Prüfungstermin nicht erörterten und nicht in die Tabelle (Kollokationsplan) eingetragenen Forderung.

Art. 77, 112, 164, 271, 370, 593 C. d'instr. crim. Die prise à partie, d. h. die Regressklage der durch ein gesetzlich bestimmtes Verschulden des Richters u. s. f. verletzten Partei, ist nach dem französischen Gesetzbuch eine besondere Form des Rechtsstreites, welche zugleich die Garantien voller Genugtuung für den Verletzten und energischen Schutzes gegen frivole Klagen für den Richter bietet.[1]

Die Haftung des Richters ist demnach im französischen Rechte gegenüber der Verantwortlichkeit der andern Beamtenkategorien eine mildere.

d) Sächsisches Recht.

Nach dem sächsischen G. B. kann derjenige, welcher durch absichtliche Verschuldung oder grobe Fahrlässigkeit eines richterlichen Beamten bei Verhandlung oder Entscheidung eines Rechtsstreites Schaden erleidet, dessen Ersatz von dem schuldigen Beamten fordern (§ 1506). Nicht minder haften die von dem Staate oder den Gemeinden angestellten Verwaltungsbeamten für den Schaden, welchen sie bei Behandlung der ihnen obliegenden Geschäfte absichtlich oder durch grobe Fahrlässigkeit verursachen (§ 1507). Nach sächsischem Rechte stehen also alle Beamten, die richterlichen und nicht richterlichen, bezüglich ihrer Haftung aus unerlaubten Amtshandlungen einander gleich.[2]

e) Oesterreichisches Recht.

In Oesterreich, d. h. im Staate der Reichsratsländer, sind nur die richterlichen Beamten für Rechts-

[1] Vergl. Freund, a. a. O., II., S. 383. Laurent, a. a. O., XX., 444. Toullier, le droit civil français, VI. éd. XI., 184. Dalloz, Jurisprudence général, Jahrg. 1842, I. Abth., S. 399.

[2] Mit den Bestimmungen des sächs. G. B. stimmt das Zürcher P. G. B., §§ 417 und 419, überein.

verletzungen und dadurch den Parteien zugefügte Privatrechtsschäden, welche sie in Ausübung ihrer amtlichen Wirksamkeit durch Uebertretung ihrer Amtspflichten schuldhafterweise verursachen, zivilrechtlich verantwortlich. Das entsprechende Ausführungsgesetz zum Art. 9 des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867 (Nr. 144, Reichsgesetzblatt) über die richterliche Gewalt, welches das Klagerecht der Parteien wegen der von richterlichen Beamten in Ausübung ihrer amtlichen Wirksamkeit zugefügten Rechtsverletzungen regelt, ist vom 12. Juli 1872 (R. G. B. Nr. 112). Art. 12 des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867 (Nr. 145, R. G. B.) über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt bestimmt zwar, dass sämtliche Staatsdiener zivilrechtlich für die durch pflichtwidrige Verfügungen verursachten Rechtsverletzungen haften, allein das in Aussicht gestellte Gesetz ist nicht erflossen. Der richterliche Beamte haftet als Hauptschuldner, der Staat gleich einem Bürgen (vide Verhandlungen des Reichsrates, Abgeordneten- und Herrenhaus, und § 1 des Gesetzes vom 12. Juli 1872).

f) Deutsches bürgerl. Gesetzbuch.

Von dem im § 736, Abs. 1, aufgestellten Grundsatz, dass der Beamte für jedes Verschulden hafte, macht Abs. 3 desselben Paragraphen für die Verantwortlichkeit des Richters folgende Ausnahme: „Ein Beamter, welcher in der ihm obliegenden Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache seine Amtspflicht verletzt, ist für den hieraus entstandenen Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist.“ Die Motive zum Entwurfe sprechen sich dahin aus, dass eine nach dem Grundsatze des 1. Abs. des § 736 zu bemessende, auch im allgemeinen dem geltenden Rechte nicht entsprechende Verantwortlichkeit des Spruchrichters

sich nicht mit der zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung unentbehrlichen Unabhängigkeit der Gerichte verträge. Der Spruchrichter macht sich hienach durch Verletzung seiner Amtspflicht zivilrechtlich nur dann verantwortlich, wenn er sich strafrechtlich verantwortlich gemacht hat.

g) Schweizerisches Recht.

In den schweizerischen Rechtsquellen finden wir für die Verantwortlichkeit des Richters keine Abweichung von der allgemeinen Beamtenhaftung. Es ist auch im Grunde nicht ersichtlich, weshalb zwischen dem Richter einerseits und dem Beamten anderseits ein Unterschied gemacht werden soll, indem für den Richter ein milderer Massstab in Anwendung kommen würde, als für den Beamten im allgemeinen. Denn der Richter ist doch in erster Linie berufen, das Recht zu wahren, und soll daher selbst zuerst Recht und Pflicht hochhalten. Die einem Richter obliegenden Geschäfte sind sämtliche derart, dass er ohne zu grosse Anstrengung der ihm zugemuteten Sorgfalt gerecht werden kann. [1]

Gottfried Weber hat allerdings versucht, in Lindes Zeitschrift [2] darzutun, dass für den Richter ein milderer Massstab in der Schuldfrage angewendet werden müsse. Weber sagt: [3] „Der Richter kann nicht verbunden sein, mehr Fleiss auf eine Sache zu verwenden, als er für nötig hält, um in derselben recht zu verfügen. Hat er so vielen Fleiss darauf verwendet, als er nach bestem Wissen und Gewissen und Dafürhalten nötig glaubte und hat er demnächst in der Meinung, seine Ansicht genugsam geprüft, die Sache hinreichend erwogen zu haben und also in der

[1] Vergl. Haffner, a. a. O., S. 90 ff.

[2] Lindes Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht, VII., 1 ff.

[3] a. a. O., S. 5.

Meinung, recht zu tun, dennoch unrecht getan, so war solches Unrecht eine Folge seiner irrigen Meinung von der Suffizienz des angewendeten Fleisses, also immer eine irrige Meinung, irrige Beurteilung — kurz — Fehler des judicium. Ein wegen Nichtanwendung grössern Fleisses begangenes Unrecht bildet demnach weder eine Mittelgattung zwischen dem freiwilligen und unfreiwilligen Unrecht, noch auch eine Unterabteilung der letzteren, sondern sie fällt bald in jene, bald in diese Klasse. Ist hienach die Einteilung blos in freiwilliges oder unfreiwilliges Unrecht gerechtfertigt, so wird es auch weiter keinen Anstand haben, jene dolos, diese culpos zu nennen und bei letzteren auch die Abstufungen von culpa zu statuieren."

Daher ist nach Weber culpa lata nichts anderes, als das Vorhandensein eines sehr irrigen Bestimmungsgrundes, nach welchem der Richter handelt; culpa levis, wenn dieser Bestimmungsgrund mässig irrig, und culpa levissima, wenn er nur ein wenig irrig erscheint. Diese Argumentation ist eine verfehlte. Einmal geht dieselbe von der falschen Voraussetzung aus, dass zu schuldhaften Handlungen eine reflexive Erkenntnis seitens der Handelnden erforderlich sei, d. h. die die Handlung begleitende Erkenntnis von dem in derselben liegenden Unrecht. Es genügt jedoch, dass der Handelnde im Zustande des einer Ueberlegung fähigen Bewusstseins und frei vom Zwange in einer objektiv zum Tadel herausfordernden Weise tätig war. Wir stimmen gewiss Weber bei, wenn er sagt:[1] „Wenn der Richter zu wenig Fleiss angewendet hat, wohl wissend und einsehend, dass in dieser Sache noch grösserer Fleiss, noch genaueres Aktenlesen, noch sorglicheres Vergleichen u. drgl. erforderlich wäre, so hat er nicht blos fahrlässig, sondern pflichtvergessen (dolos) gehandelt." Aber

[1] a. a. O., S. 4.

dieses dolose Handeln entsprang eben einer die Handlung begleitenden reflexiven Erkenntnis des Unrechtes.

Wie aber, wenn der Richter einfach nachlässig verfahren, ohne sich weiter darüber klar zu werden, ob seine Nachlässigkeit ein Unrecht verursache? Macht ihn diese Nachlässigkeit nicht auch zivilrechtlich verantwortlich, indem sie ihm zur Schuld angerechnet wird? Wir sagen ja. Denn mit jenem reflexiv erkannten Unrecht ist der Begriff des schuldbaren Unrechtes noch nicht erschöpft und deshalb auch das Webersche Dilemma: „Wissentliches Unrecht oder unfreiwilliger Irrtum“ ein unrichtiges. Fahrlässigkeit ist nicht der Mangel jener Vorsicht, die der betreffende Fahrlässige für nötig erachtet zur Erfüllung seiner Obliegenheiten. Abgesehen davon, dass ein solches Urteil von der Sufficienz des angewandten Fleisses ein sehr verschiedenes ist und gerade bei den nachlässigen Naturen uns am wenigsten befriedigt, dem Gewissenhaften aber mehr zumutet als dem Oberflächlichen, — so ist der Massstab der Sorgfalt überhaupt nicht dem subjektiven Ermessen des Handelnden überlassen, sondern liegt objektiv in den Forderungen des Amtes an einen nach allgemeinem Urteil ordentlichen Beamten.[1] Auch beim fahrlässigen Akt eines Richters ist das Willens- und Erkenntnisvermögen desselben beteiligt, wenn auch nicht in reflexiver Weise. Und so kehrt denn die Frage wieder: „War der Irrtum des Richters über die Sufficienz des angewendeten Fleisses ein entschuldbarer oder nicht?“ Er ist nicht entschuldbar und der Richter hat ihn zivilrechtlich zu vertreten, wenn nicht der Beweis erbracht werden kann, dass der Richter jenen Fleiss angewendet hat, den man nach allgemeiner Auffassung verständiger Leute von ordentlichen Richtern erwartet.

[1] Vergl. Rechenschaftsbericht des Zürch. Obergerichtes vom Jahre 1889. S. 136.

So kann uns die Webersche Theorie von der zivilrechtlichen culpa des Richters nicht veranlassen, den Richter milder zu beurteilen, als andere Beamte.

Freiburg hat sogar mit Rücksicht auf die besondere Pflicht des Richters, das Recht zu wahren, für die Gerichtspersonen eine strengere Haftung aufgestellt, als für die untern Angestellten und sie, wie die Mitglieder des Staatsrates, auch für Nachlässigkeit ersatzpflichtig erklärt.[1]

B. Funktionen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

a) Gemeines römisches Recht.

Auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat das römische Recht Bestimmungen über Verantwortlichkeit nur bezüglich der Obervormundschaftsbehörde (Munizipal-Magistrat) getroffen. Diese Behörde haftet dem Mündel für jedes Versehen — „in omne periculum succedit“ (l. 4, Dig. 27, 8, de magistratibus conveniendis), das demselben erwachsen,[2] indem sie ihre Verpflichtung zur Ernennung eines geeigneten Vormundes nicht oder verspätet nachgekommen war. Die Klage[3] war streng subsidiär, d. h. nur zulässig, wenn von dem Vormund und den für denselben haftendenden Bürgen ein Schadenersatz nicht zu erlangen

[1] Art. 73 der Verfassung von 1857 und Zivilprozessordnung von 1849 im Titel XXIV., de la prise à partie (remplaçant les art. 176 et 179 de la Loi organique du 26. Mai 1848).

[2] Besonders scharf sprechen dieses die Basiliken aus (Bas. lib. 30. 30. tit. 8 I. zu l. 1. pr. h. t.).

[3] Actio tutelae contra magistratus in Dig. 27. 8 und cod. 5. 75. Die actio tutelae subsidiaria gegen den nachlässigen Obervormund bei Insolvenz des untauglichen Vormundes ist sehr ausführlich behandelt in Seufferts Archiv, XXX., 253.

war. Diese strenge Haftung des magistratus municipalis hat das deutsche Reichsrecht [1] auf jede obervormundschaftliche Behörde ausgedehnt.[2]

Für die amtliche Verantwortlichkeit bei Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind zwar einzelne ältere und neuere Rechtsgelehrte zu strengeren Grundsätzen geneigt,[3] allein es wurde vielfach bestritten, dass gemeinrechtlich ein hinreichender Grund für eine prinzipielle Unterscheidung der Art zwischen den beiden Zweigen der Rechtspflege vorhanden sei, weshalb die Syndikatsklage auch hier nur in denselben Grenzen wie dort begründet erachtet wurde.[4]

Die Haftung des Notars für culpa levis wurde gemeinrechtlich aus den Bestimmungen der Notariatsordnung von

[1] Reichspolizeiverordnung von 1548, tit. 3 i. f., spricht von „fleissigem Aufsehen".

[2] Gestützt auf l. 1, § 13, Dig. 27, 8 de magistratibus conveniendis und l. 11, Dig. 22, 3 de probat (probatio exigenda est ab his, quorum officio fuit providere, ut pupillo caveretur) hat 1836 das Spruchkollegium zu Heidelberg in einem Gutachten betreffend Entschädigungsanspruch gegen einen Beamten, der bei der Bestätigung einer Hypothek keine causae cognito (Prüfung der dem Gläubiger zu gebenden materiellen Sicherheit) vorgenommen hatte, die Beweislast hinsichtlich der Verschuldung dem Beamten überbunden. Hätte der Kläger zu beweisen, dass der Beamte Mittel und Wege gehabt habe, die Rechtsverhältnisse am verpfändeten Gute zu kennen, weil nur so eine culpa denkbar sei, so würde man unrichtiger Weise davon ausgehen, die obrigkeitliche Bestätigung bezwecke nicht schon an sich die Sicherung des Gläubigers; denn werde diese einmal angenommen, so müsse der Beamte auch Mittel und Wege haben, seinen Zweck so weit zu erreichen, als dies überhaupt bei gehöriger Aufbietung amtlicher Sorgfalt möglich ist. Der Kläger habe daher nicht nötig, zu behaupten, dass der Beamte nicht sorgfältig gewesen, sondern dem Beklagten stehe es zu, auf die prästierte Diligentia sich zu beziehen und diese darzutun. (Seufferts Archiv, XVII., 120.)

[3] Glück, Komentar, XVIII., 295 ff.

[4] Unterholzner, a. a. O., II., § 700. Wenig-Jngenheim, Zivilrecht, III., § 315 ff. Seufferts Archiv, XXII., 48.

1512 (I., §§ 14, 15, 21; II., §§ 1, 12; IV., §§ 2 und 3) hergeleitet.

b) Preussisches allgemeines Landrecht.

Im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit kennt das allgemeine Landrecht eine Haftung für den Richter nur in Testamentsachen wegen mässigen Versehens.

c) Neuere Rechte.

Im neueren Rechte sind durch Praxis und Doktrin die Bestimmungen der Syndikatsklage auch auf das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausgedehnt worden. Eine solche Ausdehnung ist eine natürliche Konsequenz, weil das Publikum bei Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit weniger Schutzmitteln und in höherem Masse auf die Tätigkeit der Gerichte angewiesen ist und blos Anträge und Gesuche zu stellen in der Lage ist, die Ausführung des Beantragten aber sehr selten überwachen kann.

Das französische Recht hat die Vorschriften des Art. 505 code de proc. civ. auch auf die richterliche Tätigkeit in nicht streitigen Sachen ausgedehnt. [1]

Ebenso hat das sächsische Recht den im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit tätigen Beamten gleich dem Spruchrichter der Bestimmung des § 1506 unterworfen.

[1] Der Zivilstandsbeamte ist, abgesehen von der dem gemeinen Zivilrecht nach obliegenden Verantwortlichkeit (Art. 1382, C. c.), noch besonders nach Art. 51 und 52, C. c., haftbar für die von andern geschehenen Veränderungen der anvertrauten Bücher oder für Eintragungen in das unrichtige Buch. Ebenso ist der Notar verantwortlich gemäss Art. 1382, C. c. Siehe hierüber die Nachweise bei Dallioz, Jurisprudence général, Jahrg. 1898, 1. Heft, II. Abth., S. 14. Ferner Zachariae, Handbuch des französischen Rechtes, bearbeitet von C. Crome, ed. Freiburg 1894, II., S. 758, und I., 212 f. Irrtum infolge einer Kontroverse entschuldigt den Notar.

Auch das deutsche bürgerliche Gesetzbuch macht bezüglich der Haftung keinen Unterschied zwischen dem Spruchrichter und demjenigen Beamten, welcher, ohne Richter im engern Sinne zu sein, Rechtssachen zu leiten und zu entscheiden hat (§ 736).

d) Schweizerisches Recht.[1]

Besondere Grundsätze finden sich in unserer kantonalen Gesetzgebung für das Vormundschafts- und Hypothekarwesen.

I. Die Vormundschaftsbehörden

haften fast durchgängig in allen Kantonen für allen Schaden, den sie durch Absicht oder Fahrlässigkeit verschuldet haben. Wir verweisen des nähern auf Huber, Schweizer. Privatrecht, I., 733 ff.

Häufig wird in der Praxis mit der Klage gegen den Vormund wegen Mangel an Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters die Regressklage gegen die Waisenbehörde (Obervormundschaft) wegen Mangel an Sorgfalt in Beaufsichtigung und Leitung des Vormundes verbunden.[2]

Nur für Absicht und grobe Fahrlässigkeit haften sie einzig in den Kantonen: Glarus (B. G., § 227).[3]

[1] Es ist für uns hier ohne Bedeutung, ob die Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit den eigentlichen Gerichten oder einer Verwaltungs- oder Exekutivbehörde (Gemeinderat, Bezirksammann etc.) überwiesen seien.

[2] Vergl. F. Schneider, Entscheid. des aargauischen Obergerichtes, Aargau 1872, S. 104 ff.

[3] Das Glarner Appellationsgericht hat am 5. Juni 1880 es dem Waisenamt als grobe Fahrlässigkeit angerechnet, dass es einem Vormund gestattete, das Kapitalvermögen eines Mündels auf ein industrielles Etablissement (Weberei) anzulegen, obschon das Waisenamt Erkundigungen über dasselbe eingezogen, da solche Anlagen selten

Baselstadt (Vorm. G., § 75), Basselland (Vorm. G., § 69), Wallis (C. G., Art. 188).

Hingegen hat Appenzell A.-Rh. (Vorm. G., § 26), die Haftung der Mitglieder des Gemeinderates (als Vormundschaftsbehörde) in der Weise verschärft, dass jedes derselben für seinen Teil auch dann zu haften hat, wenn der Schaden unmittelbar nur durch die Gefährde, durch die Nachlässigkeit oder Zahlungsunfähigkeit des Vogtes oder Beivogtes verursacht worden ist und diese ausser Stande sind, den Ersatz zu leisten.

St. Gallen. Art. 17, Vorm. G., sieht eine eigentümliche Entlastung der Behörde von der durch das Gesetz begründeten Verantwortlichkeit vor, da er bestimmt: „Der Gemeinderat kann sich in ausserordentlichen Fällen, welche besondere Schwierigkeiten darbieten und von grosser Tragweite sind, vor Verantwortlichkeit dadurch sicherstellen, dass er seine bezüglichen Schlussnahmen der Bestätigung des Kantonsgerichtes unterstellt."

II. Hypothekar- und Fertigungswesen.

a) Auch die Fertigungsbehörden oder -Beamten sind in manchen kantonalen Rechten einer strengen Verantwortlichkeit und Haftbarkeit unterworfen. Es entspricht dies der tätigen Mitwirkung der Behörden und der Cognition, welche dieselben in jenen Kantonen über das Rechtsgeschäft nach seiner materiellen Seite auszuüben pflichtig sind.[1]

---

als pupillarisch sichere Unterpfänder zu betrachten seien, weil grossen Wertschwankungen unterworfen, und überdies seien die Erkundigungen über das Etablissement sowohl in Bezug auf Umfang als Wert desselben mangelhaft gewesen. (Amtsbericht des Glarner Appellationsgerichtes vom Jahre 1878—1881, S. 299 ff.)

[1] Dagegen hat das Obergericht Baselland am 24. Mai 1878 eine Schadenersatzklage gegen einen Gemeinderat als Fertigungsbehörde abgewiesen, als die Klage damit begründet wurde, dass die Fertigung

Insbesondere wird in einigen Gesetzen die Verantwortwortlichkeit betreffend die Errichtung von Pfandbriefen und die richtige Schätzung des Pfandobjektes in eindringlicher und eingehender Weise ausgesprochen.

Die Hypothekargesetzgebungen der Kantone Zürich, Bern (mit Ausnahme der bei der Kantonshypothekarbank zu machenden Anleihen), Zug, Solothurn, Appenzell, Graubünden, Aargau, alle romanischen Kantone u. s. w. abstrahieren zwar von aller und jeder Haftbarkeit der pfandbrieffertigenden Behörden und Beamten. — Hingegen bleibt jenes strenge Haftbarkeitssystem eine eigentümliche Erscheinung, namentlich der östlichen Schweiz.

So erklärt St. Gallen[1] in dem zur Zeit noch in Kraft bestehenden Hypothekargesetz vom 26. Januar 1832 die Gemeinderäte sowohl für die Einhaltung der formellen gesetzlichen Vorschriften, als für das verschriebene Kapital (bedeutende Schädigung der verpfändeten Liegenschaften durch Naturereignisse ausgenommen) vom Tage der Erkenntnis eines auf doppelte Unterpfande lautenden Pfand-

---

von der Erfüllung einer unrichtigen Bedingung abhängig gemacht worden sei. Darin liege keine Amtspflichtverletzung. Der Gemeinderat habe eine ihm gesetzlich überbundene Pflicht, die Interessen der Kreditoren bei Vornahme von Fertigungen zu wahren; und wenn derselbe bei Erfüllung dieser Pflicht von einer allzu grossen Aengstlichkeit geleitet wurde und, um sich vor Verantwortlichkeit zu schützen, Bedingungen stellte, die nicht notwendig waren, so liege darin nicht mehr, als ein unrichtiger Beschluss, gegen den die Berufung an die Oberbehörde offen stand, allein keine Amtspflichtverletzung, und zwar um so weniger, als keine Vermutung vorhanden sei, die beklagte Behörde habe nicht in guten Treuen gehandelt; eine zivilrechtliche Haftung ergebe sich demnach sowenig, als beim erstinstanzlichen Richter, dessen Urteil in zweiter Instanz abgeändert wird. (Amtsbericht 1878, S. 307.)

[1] Ueber die strenge Haftung der Fertigungsbehörden im vergangenen Jahrhundert (besonders ausgesprochen im Schuldbriefmandat des Abtes Cölestin II. von St. Gallen vom 5. April 1757) vergleiche U. Lutz, die Fertigung in Stift, Stadt und Kanton St. Gallen. 1897 (Dissertation) Seite 25.

briefes vier Jahre lang mit und neben den Schätzern haftbar. Diese Verantwortlichkeit begreift in sich die Haftung für jeden Mangel der nötigen Vorsorge, für jede aus Sorglosigkeit entstandene Unrichtigkeit. Die Schätzer sind in zweifacher Eigenschaft, als Schätzer und Mitglieder des Gemeinderates, zu befassen, insofern der Gemeinderat die von ihnen begutachtete Schatzungssumme nicht erhöht; erhöht hingegen die Behörde diese Schatzungssumme, so haften die Schätzer blos einfach als Mitglieder des Gemeinderates. Nach Verfluss des vierjährigen Termins ist auf den Fortbestand eines solchen Pfandbriefes von Amtswegen keine Garantie mehr zulässig. (Art. 25 des Gesetzes.) [1]

Anlässlich eines konkreten Falles, in welchem die Tragweite und juristische Natur dieser im Art. 25 statuierten gemeinderätlichen Haftbarkeit in Frage kam, fasste das st. gallische Kantonsgericht dieselbe lediglich als eine auf 4 Jahre begrenzte Schadlosbürgschaft auf.[2]

In einem Entscheid vom 2. Mai 1850 sprach sich das Kantonsgericht dahin aus, dass erst mit dem Momente, da vom Kreditor innert der vierjährigen gesetzlichen Frist abgekündet und demselben unter dieser Voraussetzung nach Ablauf der Abkündigungsfrist die Pfandschuld vom Debitor

[1] Dieses Haftbarkeitssystem war namentlich für die pfanderkennenden Behörden und Beamten der alten st. gallischen und der später dem Kanton einverleibten Landesteile um so verantwortungsreicher, als gegenüber dem vorgeschriebenen Pfandprotokoll die Führung von Grundbüchern, in welche die Erwerbung des Grundeigentums hätte obligatorisch eingetragen werden sollen, so gut als gänzlich mangelte. War doch noch für die Uebertragung von Liegenschaften vor dem 4. Mai 1816 (Organisationsgesetz Art. 44) die gemeinderätliche Fertigung der liegenschaftlichen Handänderungen noch keine allgemein verbindliche, gesetzliche Vorschrift.

[2] Siehe Urteil des Kantonsgerichtes vom 15. September 1869 (mit den interessanten rechtshistorischen Ausführungen) im Rechenschaftsbericht des Regierungsrates pro 1869, Anhang, S. 8 ff.

nicht entrichtet worden, die Rechtsfolgen der gemeinderätlichen Garantie eintreten.[1]

b) Die strengere Haftung der Führer öffentlicher Bücher (Hypotheken- und Grundbücher) hat ihren Grund in den Interessen des Verkehrs und Kredites. Für leichte Fahrlässigkeit haben sich diese Beamten zu verantworten in folgenden Kantonen:

Zürich: P. G., § 416 ff.

Schaffhausen: P. R., §§ 1769/75.

Bern: Gesetz betr. die Amts- und Gerichtsschreibereien vom Jahre 1878, Art. 5.

Uri: Art. 4 und 17 der Verordnung betr. Organisation der Kantonskanzlei vom 30. März 1886.

Schwyz: § 55 der Verordnung über das Notariatswesen vom 27. November 1867.

Zug: Gesetz über das Kanzleiwesen des Kantons vom 2. September 1882, §§ 6 und 27.

Solothurn: § 920, C. G. B.

Aargau: §§ 12 und 14 der Hypothekar-Ordnung vom 1. März 1888.

Neuenburg: Art. 110 de la loi sur l'organisation du Notariat du 19. déc. 1872.

Tessin: art. 870 cod. civ. sostituito da art. 31 legge ipotecaria 21. Okt. 1891.

Wallis: Art. 35 des Notariatsgesetzes vom 4. März 1896.

Hingegen macht

Obwalden: V. G., Art. 6, die mit der Führung öffentlicher Bücher betrauten Personen nur bei „absichtlichen Fehlern" oder „grober Fahrlässigkeit" haftbar. — Auch

Baselstadt statuiert eine mildere Haftbarkeit der Grundbuchverwalter in dem Gesetz vom 19. September

[1] Suter, Sammlung von Gerichtsentscheidungen, S. 131.

1874. Nach § 6 desselben ist die Verantwortlichkeit der Grundbuchverwalter eine unbedingte für allen Schaden, welcher aus Unredlichkeit und grober Fahrlässigkeit der Beamten entstanden ist. Bei entschuldbarem Versehen tritt aber nur eine teilweise Verantwortlichkeit ein. Die Aufsichtsbehörde hat zu entscheiden, ob ein Schaden durch grobe Fahrlässigkeit resp. Unredlichkeit oder durch ein entschuldbares Versehen entstanden ist und wird in letzterem Falle den Grundbuchverwalter nach ihrem Ermessen bis auf den Betrag eines halben Jahresgehaltes für die innerhalb eines Jahres zu Tage getretenen Versehen in Anspruch nehmen. Die Schadenersatzpflicht bei Entlassung oder Absterben des Beamten bleibt auf dolus und culpa lata beschränkt, ebenso bleibt die Verantwortlichkeit des Grundbuchverwalters für die Einträge und Auszüge seines Stellvertreters nur in den Fällen bestehen, wo er sich in der Aufsicht Unredlichkeit oder grobe Fahrlässigkeit hat zu Schulden kommen lassen.

Eine ganz milde Bestimmung hat Graubünden. Gemäss § 302, P. G., sind die Protokollführer, welche den Vorschriften dieses Gesetzes, soweit sie ihre Verrichtungen betreffen, aus Fahrlässigkeit zuwider handeln, von dem ihnen vorgesetzten Kreisgerichte, wenn daraus kein Schaden entstand, mit einer Busse von Fr. 2.— bis 15.—, wenn aber daraus Schaden entstand mit einer solchen von Fr. 10.— bis 100.— zu belegen. Geschah die Uebertretung aus böser Gefährde, so verfällt sie dem Strafrichter. Hiezu bemerkt der Kommentar von Dr. Planta: „So sehr eine weitergehende Verantwortlichkeit, sei es der Protokollführer, sei es des Aufsicht führenden Kreisgerichtes, im Interesse der Solidität oder Kredites unseres Hypothekarwesens läge, so glaubte man doch, von einer solchen Umgang nehmen zu müssen, um nicht alzusehr gegen hierländische Gewohnheiten und Volksanschauungen zu verstossen. Es dürfte indes die Busse, wenn sie nur unnachsichtig angewendet

würde, meist die Protokollführer zur Genauigkeit genügend anspornen.“ [1]

c) Eine besonders strenge Verantwortlichkeit besteht bei Errichtung von Gülten und Hypothekarinstrumenten im Kanton Luzern. Zunächst haftet für die Richtigkeit und Vollständigkeit der im Instrument enthaltenen Angaben der ursprüngliche Schuldner, der dasselbe errichten liess, und falls aber derselbe nicht habhaft ist, so haften die Mitglieder der Behörden, welche bei der Ausfertigung mitwirkten, und ihre Verantwortlichkeit fällt nur dann weg, wenn sie beweisen können, dass eine richtigere und vollständigere Ausfertigung ihnen nicht möglich war; dieses ist nur dann der Fall, wenn keine Protokolle vorhanden sind, aus welchen die Beschwerden, die auf dem verschriebenen Grundstück haften, entnommen werden konnten.[2]

d) Der code civil und dessen Nachahmungen in den Kantonen Freiburg, Wallis, Neuenburg und Genf erklären die Registerbeamten („conservateurs des hypothèques“) in folgenden spezifizierten Fällen für allen durch Absicht oder Fahrlässigkeit verursachten Schaden verantwortlich:

1. dass sie unterlassen haben, in ihren Registern Urkunden über Eigentumsveränderungen zu transscribieren oder Eintragungen vorzunehmen, obgleich solches auf dem Hypothekenamte nachgesucht worden ist.

[1] Planta, Kommentar zum bündner. Zivilgesetzbuche von 1863 § 302, S. 209.

[2] In gleicher Weise bestimmt die preussische Grundbuchordnung § 29, Abs. 1: „Die Beamten des Grundbuchamtes haften für jedes Versehen bei Wahrnehmung ihrer Amtspflichten, soweit für den Beschädigten von anderer Seite her Ersatz nicht zu erlangen ist“, d. h. es haftet also an erster Stelle derjenige, welcher durch das Versehen des Bamten einen Vorteil, z. B. ein Verzugsrecht seiner Hypothek, erlangt hat, zu welchem er kein Recht hatte. Vergl. Entscheid. des R. G. in Zivils., IV., 329. Vergl. ferner Seufferts Archiv für zivilrechtl. Praxis, II., Nr. 52, und V., Nr. 174.

2. Dass in ihren Bescheinigungen einer oder mehrerer wirklich bestehender Eintragungen keine Erwähnung geschehen ist, es sei denn, dass in diesem letzten Falle der Irrtum von unzulänglichen Bezeichnungen herrührt, welche ihnen nicht zugerechnet werden können.

Der Kanton Waadt macht im Gesetze: „sur l'inscription des droits réels immobiliers du 20. janvier 1882 „den Registerbeamten für sich, seinen Substituten und die von ihm angestellten Personen für allen absichtlich oder durch Fahrlässigkeit verursachten Schaden verantwortlich, der entstehen kann: „dans la tenue des registres et des repértoirs, dans les extraits du cadastre, dans les déclarations et en général dans l'exercice de leurs fonctions".

Dem Art. 106 ist der Zusatz beigefügt: „Toutefois, les déclarations verbales de propriété, de franchise ou décharge n'emportent aucune responsabilité".

§ 7. Mitverschulden.

Die Erörterungen dieses Gegenstandes haben wir des innern Zusammenhanges wegen mit dem Kapitel über Verursachung des Schadens verbunden, da es sich dabei um die Frage handelt, in welchem Verhältnis das eigene coincidierende schuldhafte Handeln des Verletzten mit der Verschuldung des Beamten ursächlich auf den Schadenseintritt eingewirkt hat.

[1] Vergl. Rossel, Manuel du dr. civ. de la Suisse romande 1886, chap. X.

III. KAPITEL.

Die Schadenfrage.

§ 1. Verursachung des Schadens.

(Kausalzusammenhang.)

1. Allgemeines.

Den Uebergang von der Schuldfrage zur Schadensfrage vermittelt die Erörterung des Kausalzusammenhanges (imputatio facti). Derselbe ist nicht zu verwechseln mit dem sogen. Schuldzusammenhang (imputatio juris) d. h. die Frage nach dem Vorliegen einer Verschuldung, kürzer die Anrechenbarkeit eines Erfolges[1] zur Schuld, während man von Kausalnexus spricht, wenn wir auf die Beziehung einer Handlung zu einem Schadenserfolge das Urteil über Ursache und Wirkung anwenden können. Die Ersatzpflicht ist wesentlich durch diesen Zusammenhang bedingt. Es ist jedoch nicht nötig, dass er ein unmittelbarer sei. Es genügt, dass die schuldhafte Handlung oder Unterlassung erst durch das Dazwischentreten anderer Ereignisse den fraglichen Schaden verursachte. Dies kann jedoch nicht ins Grenzenlose gehen. Erscheint nach der Anschauung des Lebens die Verschuldung nicht mehr als die Ursache, sondern nur als entfernte Veranlassung der Beschädigung, so besteht eine Haftung für letztere nicht mehr. Es liegt

[1] Nur im Strafrecht kann eine dolose Handlung auch ohne Erfolg als „fehlgeschlagenes Verbrechen“ in Betracht fallen.

aber nahe, und ist gerechtfertigt, bei dolosem Handeln und grober Fahrlässigkeit die Verantwortung weiter auszudehnen als bei geringer Fahrlässigkeit. Nach dem gemeinen Prozesse [1] musste der Beschädigte den Kausalnexus zwischen dem Ereignisse, für welches der Schädiger einstand, und dem behaupteten Schaden in das Einzelne hinein dartun und erweisen. Fehlte ein Glied der Kette, so war der Nachweis misslungen. So kam es trotz begründeter Ansprüche infolge der Schwierigkeiten des Beweises oft nicht zu ausreichender Schadloshaltung des Beschädigten und grobe Rechtsverletzung blieb zum Nachteil des Rechtsbewusstseins häufig ungesühnt.[1] Es ist nicht möglich, in allgemein zutreffender Weise zum vorneherein zu bestimmen, was in jedem einzelnen Falle zur Erstellung des Kausalzusammenhanges erforderlich sei, in welchem Masse eingetretener Schaden und widerrechtliche Handlung im Verhältnisse von Wirkung und Ursache unter sich stehen, das eine als die mehr oder weniger notwendige oder auch blos zufällige Folge und Entwicklung des andern sich darstellen muss. Immerhin darf gefordert werden, dass die betreffenden Tatsachen in einem solchen nahen, äusseren Zusammenhang zu einander stehen sollen, dass dem natürlichen und gewöhnlichen Laufe der Dinge zufolge angenommen werden kann, die eine sei aus der andern hervorgegangen.[2]

---

[1] Dernburg, a. a. O., S. 123.

[2] Vergl. Erkenntnis des O. A. G. zu Lübeck vom 30. Dezember 1856, gestützt auf l. 9, § 3; l. 11, §§ 2, 5; l. 27, §§ 22, 23, 24; l. 29, §§ 2, 4; l. 39, pr. Dig. ad leg. Aquil. 9, 2 in Seufferts Archiv, Bd. XIII., Nr. 214. — Ferner Entscheid. des deutschen Reichsgerichtes in Zivilsachen, Bd. 33, S. 212, wo das Reichsgericht dem beklagten Beamten den Rechtsbehelf der Untersuchung des Causalzusammenhanges zugebilligt hätte, wenn ihm der Nachweis gelungen wäre, dass der Schaden auch bei Beobachtung der verletzten Gesetzesvorschrift entstanden und die Beobachtung derselben unter den konkreten Umständen in Wahrheit nur als eine überflüssige Formalität sich erwiesen

Daraus ergiebt sich die Unterscheidung von direktem und indirektem Schaden, indem es zur Erstellung des Kausalzusammenhanges genügt, dass die schuldhafte Handlung erst durch das Dazwischentreten anderer Ereignisse den fraglichen Schaden verursachte. Bei dieser Bestimmung des mittelbaren Schadens kann man indessen nur so weit gehen, als nach der Anschauung des Lebens die Verschuldung nicht mehr als die Ursache, sondern nur als entfernte Veranlassung erscheint. Daher erstreckt sich der Ersatz keineswegs auf jeden Schaden, der ohne die rechtswidrige Handlung nicht eingetreten wäre. Die Grenze zu finden ist aber mit Schwierigkeiten verbunden und es müssen daher in jedem einzelnen Falle die tatsächlichen Verhältnisse gründlich gewürdigt werden. Es richtet sich die Haftung stets auch nach dem Masse der diligentia, welche der Beamte zu prästieren hat und nach dem Grade seines Verschuldens.

Nach gemeinem Recht haftet der Beamte, wie jeder Private für das volle Interesse.

Das preussische A. L. vergütet nur bei Vorsatz und grobem Versehen das volle Interesse, bei mässigem den wirklichen — unmittelbaren und mittelbaren Schaden —, bei geringerem Versehen nur den unmittelbaren Schaden.

---

hätte. — Ferner Seufferts Archiv, f. c. P., V., Nr. 287. Im Anschluss einer Schadenersatzklage wegen eines unwahren obrigkeitl. Zeugnisses wird hier eine sehr praktische Nota angebracht: „Die bei Schadenersatzklagen häufig vorkommende Behauptung, der Kläger würde ohne die unrichtige Versicherung (hier amtliche Bescheinigung) den Vertrag (oder allgemein ein Rechtsgeschäft) nicht eingegangen sein, unterliegt als ein nicht durch eine Handlung in eine äussere Erscheinung getretener Umstand, lediglich der richterlichen Beurteilung und ist nur dann zu beachten, wenn bestimmte Tatsachen vorliegen, aus welchen darauf, was unter andern Umständen geschehen sein würde, mit Wahrscheinlichkeit geschlossen werden kann". Vergl. auch das Urteil des Darmstadter Oberappellationsgerichtes in Seufferts Archiv, XV., 189, und das Obertribunals zu Stuttgart vom 30. August 1862 gegen eine Hypothekarbehörde in Seufferts Archiv, XV., 208.

Die volle Ersatzpflicht begreift auch den indirekten mittelbaren Schaden in sich. Der unmittelbare Verlust beschränkt sich auf den wirklichen Wert des zu Ersetzenden; der mittelbare Verlust hingegen besteht in dem, was infolge des unmittelbaren Verlustes das Vermögen noch ausserdem gelitten hat.[1] Dahin gehört z. B. der Fall, wo durch rechtswidrige Pfändung oder Veräusserung einer Anzahl Bücher, die zu einer Sammlung gehören, die übrigen Bücher an Wert verloren haben, oder wenn durch den ungerechten Sequester einer Mähmaschine der Bauer sich um teure Arbeitskräfte umsehen muss. Wo in den kantonalen Rechtsquellen die Haftung des Beamten nicht ausdrücklich auf den unmittelbaren Schaden beschränkt ist, muss dieselbe auf den indirekten Schaden ausgedehnt werden, weil dies die Regel bei unerlaubten Handlungen bildet. Damit stimmt auch die allgemeine Fassung von Art. 50, O. R. Immerhin ist die Gefahr der Uebertreibung sehr gross.

Das blose Möglichmachen einer Schädigung durch eine widerrechtliche Amtshandlung hingegen reicht zur Erstellung des Kausalzusammenhanges nicht hin. Ein charakteristisches Beispiel hiefür gibt uns ein Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 28. Februar 1885.

Unterm 1. April 1881 verpfändete Leonz J., gewesener Gemeindeschreiber von B., den Klägern eine Gült von Fr. 2000, errichtet den 4. April 1880 von Leonz B. in B. Im nachherigen Konkurse des Verpfänders J. wurde die Gült vom Errichter B. zu Eigentum reklamiert und zugleich den Klägern das hierauf beanspruchte Pfandrecht bestritten. Durch Urteil vnm 17. Juni 1893 wurden die Kläger mit diesem ihrem Anspruche abgewiesen, weil J. zugestandenermassen nicht Eigentümer der Gült und der von ihm bei der Verhandlung vorgewiesene Abtretungsakt gefälscht, im

[1] Vergl. l. 45, Dig. 18, 1, wo das teneri ipsius rei nomine und das damnum quod ex eo contingit unterschieden werden.

fernern aber auch nicht nachgewiesen war, dass der Eigentümer B. die Gült dem Verpfänder J. so oder anders anvertraut habe. Kläger belangten nun den Gerichtsschreiber X. um Ersatz des daherigen Schadens, weil derselbe am 5. August 1880 die Gült nach Ausfertigung und Besiegelung derselben statt an den Gemeinderatspräsidenten (§ 37. Hyp.-Ges. und obergerichtliche Weisung vom 3. April 1830) ungesetzlicherweise an die Gemeindekanzlei B., resp. dem gewesenen Gemeinderatsschreiber J. gesandt und so es diesem möglich gemacht habe, die Gült in verbrecherischer Weise an die Kläger zu verpfänden und die daherige Schädigung derselben zu bewirken.[1] Das Obergericht hat auch diese Klage abgewiesen, und zwar mit folgender Begründung: „Die Handlung, durch welche das schädigende Ereignis blos möglich gemacht wird, erscheint nicht als die Ursache, aus welcher letzteres als die Wirkung hervorgeht; sie bildet nur die, vorliegend übrigens, nicht einmal nötige Voraussetzung derselben, wie tausend andere Umstände dessen fernere Voraussetzung bilden. Dieses Verhältnis liegt denn auch gegebenen Falles evident zu Tage. Zwischen der Uebergabe der Gült an den Gemeindeschreiber J. und der Verpfändung derselben an die Kläger besteht in Wahrheit keine Kontinuität; schon zeitlich erfolgte die Verpfändung lange nach Uebersendung der Gülten; dieselbe war die Verwirklichung eines durchaus selbstständig gefassten verbrecherischen Entschlusses des Leonz J., zu welcher Verwirklichung er selbstständig tätig wurde, indem er einen Abtretungsakt fälschte u. s. w.; er hat diese eine

[1] Es ist ja denkbar, dass J. gleichwohl in den Besitz des Instrumentes hätte kommen können, sei es auf redlichem Wege, sei es, dass er seinen vielen Verbrechen noch ein neues hinzugefügt hätte. Die Behauptung, dass nur durch die Handlungsweise des beklagten Gerichtsschreibers das Verbrechen des Leonz J. und die daherige Schädigung des Klägers möglich geworden, wäre daher schon an und für sich nicht richtig.

Gült verbrecherisch verwertet, während er das gleiche mit andern in gleicher Weise und gleichzeitig übermittelten Gülten nicht getan. Der ursächliche Zusammenhang reicht also von dem den Klägern erwachsenen Schaden über die verbrecherische Tätigkeit des Leonz J. nicht hinaus und steht die Handlungsweise des Beklagten ausserhalb derselben."

Eine menschliche Handlung kann zwar nie Ursache im strengsten Sinne als die Summe aller Bedingungen des Erfolges sein, wohl aber in dem engern Begriff als eine der vielen notwendigen Bedingungen, mag man die einzelne objektiv gleichwertig setzen oder eine unter den ungezählten Bedingungen des Erfolges als Ursache im eigentlichen Sinne auszeichnen. Nie aber wird das blose Möglichmachen des Eintrittes eines Erfolges für Aufstellung eines Kausalzusammenhanges genügen, da die Handlung den Erfolg nicht blos möglich gemacht, sondern auch bewirkt haben muss. Im letztern Fall ist immer Kausalismus vorhanden, wenn auch der Erfolg ohne das Zusammenwirken anderer menschlicher Handlungen oder ohne die besondern Umstände, unter denen die Handlung begangen wurde und welche zu diesen hinzugetreten sind, nicht eingetreten wäre. [1]

Mit diesen allgemeinen Grundsätzen wird man auch bei der Frage der Haftbarkeit der Beamten auskommen können. Eine besondere Besprechung erfordern die Regeln des Kausalzusammenhanges für unsern Gegenstand nur bei Unterlassungen der Beamten und bei dem konkurrierenden Verschulden des Geschädigten.

[1] cf. Liszt, Lehrbuch des Strafrechtes, VI. Aufl., p. 104, ff., Berlin, 1892.

2. Kausalität bei Unterlassungen.

Nicht blos Præceptivgesetzen, sondern auch Prohibitivgetzen gegenüber kann ein Beamter durch Unterlassungen eine Schädigung verursacht werden, indem ein Erfolg, dessen Herbeiführung verboten ist, ausnahmsweise auch durch Unterlassung herbeigeführt wird. Doch muss in allen Fällen sorgfältig darauf geachtet werden, dass die Vorbedingung für die Haftbarkeit ein wirklicher Kausalzusammenhang zwischen der Unterlassung und dem eingetretenen Schaden ist, und dass jenes Untätigbleiben mit in der Reihe der Ursachen der schädigenden Wirkung erscheint. Fehlt dieser Nexus, so kann man den Kausalzusammenhang nicht supplieren, weder durch eine rechtliche Verpflichtung zur Abwendung eines Schadens tätig zu werden, noch durch die besondere Verpflichtung, jene üblen Erfolge abzuwenden, welche aus der eigenen Tätigkeit hervorzugehen drohen. Dagegen kommt es vor, dass ein Gesetz einen Beamten, welcher trotz seiner speziellen Verpflichtung zu handeln, einen Schadenserfolg nicht abwendet, eben so strenge haften lässt, wie wenn er ihn herbeigeführt hätte; ein solches Præceptivgesetz bestätigt aber durch sein Dasein nur die Regeln des Kausalzusammenhanges, welches es durch eine Fiktion ersetzt.[1] Dies ist für die bezügliche Beweislast im Pro-

[1] Vergl. Geyer, Strafrecht, in Holzendorffs Encyk. der Rechtswissenschaften, 5. Aufl., S. 932. Ein Beispiel bietet die actio tutelae subsidiaria gegen die nachlässige Obervormundschaftsbehörde bei Insolvenz des untauglichen Vormundes. Hier darf man nicht übersehen, dass die obervormundschaftliche Aufsicht in der Hauptsache der Untreue oder der Nachlässigkeit des Vormundes nicht ein physisches, sondern ein psychologisches Hindernis entgegenstellen soll. Auf dem psychologischen Gebiete gibt es nun keine Ursachen, sondern nur Motive, deren Wirksamkeit sich nicht nach bestimmten, wissenschaftlich festgestellten Gesetzen berechnen und beweisen lässt, sondern nach den

zesse sehr wichtig und kann merkwürdige Verschiebungen derselben bewirken. Dieser Auffassung kommt auch die gerichtliche Praxis entgegen.

Nach bundesgerichtlicher Praxis ist der Nachweis eines wirklichen ursächlichen Zusammenhanges zwischen Rechtsverletzung und Schaden genügend; nicht erforderlich ist, dass dieser Zusammenhang ein notwendiger sei und dass er unter allen Umständen hätte eintreten müssen. [1]

Liegt jemanden gesetzlich die Pflicht ob, zum Schutze Dritter gegen bestimmte Schädigungen gewisse Vorsichtsmassregeln zu treffen, und tritt nun bei Unterlassung dieser Vorsichtsmassregeln eine Schädigung derjenigen Art ein, wie sie durch die gedachten Vorsichtsmassregeln abgewendet werden sollte, so hat der Beschädigte seiner Beweispflicht rücksichtlich des Kausalzusammenhanges Genüge geleistet, wenn er einerseits den Eintritt der Schädigung und anderseits die Vernachlässigung der gesetzlich zu deren Verhütung vorgeschriebenen Vorsichtsmassregeln nachweist. [2] Einen

---

Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Gange der Dinge von einem vernünftigen Richter abgeschätzt werden muss. Diese Erfahrung und dieser Gang der Dinge liess die Römer den erwähnten laxen Causalnexus für ausreichend erklären. Seufferts Archiv, XXX., 253. — Vergl. Motive zum Urteil des Obergerichtes Schaffhausen vom 6. März 1885, wodurch die Haftbarkeit des Gemeinderates für den Schaden aus einer Doppelverpfändung durch den (flüchtigen) Gemeinderatschreiber ausgesprochen wurde wegen Mangel der gesetzlichen Vigilanz betreffend dessen Amtsführung. (Bericht 1885, S. 49 ff.) — Hie und da spricht aber ein Gesetz nicht blos die Haftbarkeit einer Behörde für ihre eigene Saumseligkeit in der Aufsicht ihrer Angestellten aus, sondern schlechthin die Verantwortlichkeit für die Verwaltung ihrer Angestellten. So z. B. § 95 des aargauischen Gemeindeorganisationsgesetzes (vergl. Urteil des aargauischen Obergerichtes vom 24. September 1858, bei F. Schneider, Entsch., S. 306) und Art. 4 des Freib. V. G.

[1] E. B. G., Bd. X., S. 358 ff.

[2] Die vorgesetzte Behörde haftet dem Amtsbürgen für die Arglist und grobe Fahrlässigkeit in Beaufsichtigung des unter ihr stehenden

besondern Nachweis dafür, dass die gesetzlichen Vorsichtsmassregeln auch tatsächlich ausgereicht, d. h. wenn getroffen, den Eintritt des Schadens abgewendet hätten, braucht er nicht zu erbringen; dies ist schon ohne weiteres vorauszusetzen, und wenn der Beklagte es bestreitet und demgemäss behauptet, die ihm zur Last fallende Unterlassung habe auf den Eintritt des Schadens keinen Einfluss ausgeübt, so liegt ihm der Beweis hiefür ob, und hat er nachzuweisen, dass der Kausalzusammenhang zwischen seiner Unterlassungshandlung, welche an sich geeignet war, den eingetretenen Schaden herbeiführen und dem wirklichen Eintritte des Schadens unterbrochen sei. [1]

3. Kausalität bei konkurrierendem Verschulden des Geschädigten.

Für die Ermittlung des ursächlichen Zusammenhanges ist endlich die Frage von Bedeutung, ob der Eintritt des Schadens nicht etwa durch ein konkurrierendes Verschulden des Geschädigten mitverursacht worden ist. Die damit zusammenhängenden Folgen für die Haftbarkeit des Beamten

---

Beamten (E. B. G., XV., S. 531, ff., ebenso Entscheid des thurgauischen Obergerichtes vom 30. Mai 1885, im Rechenschaftsbericht 1885, S. 18). Aber diese Aufsichtspflicht geht doch nicht so weit, dass man für die Vollkommenheit der Kontrolleinrichtungen und ihre Handhabung einzustehen hätte (E. B. G., XIX., 77). Dagegen hat das Obergericht Baselland mit Urteil vom 19. Februar 1875 (Amtsbericht 1875, S. 172) sich auf einen andern Standpunkt gestellt, indem es entschied, es stehe dem Amtsbürgen, der vom Staate für die Untreue eines Beamten belangt wird, nicht die Einrede zu, dass über den Beamten eine mangelhafte Kontrolle oder Aufsicht geführt wurde, weil der Bürge überhaupt für die Redlichkeit des Betreffenden in der Amtsverwaltung überhaupt einzustehen habe.

[1] E. B. G., Bd. XVI., S. 145.

sind sehr einschneidend. Wir haben dabei folgende zwei Fälle zu unterscheiden:

a) Die Möglichkeit der Anfechtung eines rechtswidrigen amtlichen Aktes.

Geht man von dem Satze aus, dass ein unabwendbarer Schaden zum Klagegrund gehört, so wird ein Mitverschulden stets anzunehmen sein, wenn der Geschädigte ohne rechtfertigenden Grund [1] den Schaden abzuwenden unterlassen hat, da es ganz in seiner Macht liegt, durch Beschreitung des zulässigen Rechtsweges (Berufung, Beschwerde, Rekurs, Einspruch, neues Recht etc.) eine Rechtswidrigkeit von sich abzuwenden. [2] Aus den konkreten Umständen ist der Fall einer bezügl. Verschuldung des Geschädigten zu beurteilen, wobei auch in Betracht fällt, ob der amtliche rechtswidrige Akt mit Entscheidungsgründen begleitet war, die dem geschädigten Privaten zur Ueberprüfung zugänglich sind. [3] Ein schuldhaftes Versäumen der Rechtsmittel seitens des Verletzten unterbricht den Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Beamten und dem eingetretenen Schaden, so dass den Beamten die Ein-

[1] D. h., wie man es von einem sorgsamen Menschen erwarten und verlangen kann.

[2] Vergl. Dernburg. Pandekten, II., 123, und Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen, XXVI., 337 ff.

[3] Nur durch Angabe der Motive wird der Inhalt der Verfügung erkennbar, auf dessen Erkennbarkeit der Einzelne umsomehr ein unzweifelhaftes Recht hat, als er ohne Kunde dessen, was die Behörde effektiv verlangt, gar nicht in der Lage ist, den Anforderungen derselben Genüge leisten zu können, womit er einer Willkür preisgegeben sein würde. (Seufferts Archiv, XXV., 244, betreffend die Unhaltbarkeit eines polizeilichen Verbotes, das mit unhaltbaren Gründen motiviert war, obgleich unausgesprochene, gesetzlich zu rechtfertigende Gründe vorhanden waren.)

rede eigener Schuld des Verletzten erwächst,[1] falls nicht der Beamte wissentlich pflichtwidrig[2] gehandelt hat. Im letztern Falle nämlich ist es dem Verletzten vorbehalten, ob er während der Notfrist sich an seinen Prozessgegner halten (und nur event. den Beamten wegen des Ausfalles belangen) will, oder ob er es vorzieht, den amtlichen Akt rechtskräftig werden zu lassen und dann primär den Beamten zu belangen.[3]

Das richterliche Ermessen hat sich natürlich nach der mitverursachenden Bedeutung der Handlung des Verletzten zu richten. Was hier als Folgerung aus allgemeinen Grundsätzen anerkannt ist, wird im Zürcher Privatrecht, §§ 417 und 419, und auch Obwalden, V. G. Art. 6, ausdrücklich festgesetzt.

Der Grundsatz, dass die Nichtanwendung der möglichen Rechtsmittel seitens des Verletzten als Mitursache des Schadens zu betrachten sei, erleidet einige Einschränkungen und zwar, erstens, soweit der spätere, reformierende, amtliche Akt, wodurch die erstere rechtswidrige Entscheidung aufgehoben wird, praktisch nicht zu realisieren wäre. Zweitens kann dem Geschädigten auch nicht zugemutet werden, dass er ein Rechtsmittel einlege, welches ihm unverhältnismässige Opfer an Geld und Zeit auferlegen würde.[4] Das gleiche gilt auch für den Fall, wo die Rechtswidrigkeit des anfechtbaren amtlichen Aktes Nachteile zur Folge haben sollte, deren Fortexistenz unabhängig von dem weiteren Erfolg der Sache wäre, z. B. die nachweisbare Entgehung eines Gewinnes, welcher infolge eines zur Zahlung verurteilenden und vorläufig vollstreckbaren Erkenntnisses ver-

[1] Vergl. Seufferts Archiv, Bd. 41, Nr. 18.

[2] l. 45, § 1, Dig. 19, 1.

[3] Vergl. Haffner, zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Richter. Freiburg i. B. 1885, S. 68 f.

[4] Vergl. die Stelle Ulpians in l. 3, § 1—3, Dig. 11, 6 und Windscheid, Pandekten, II., § 470, Anm. 1, und Klewitz, a. a. O., S. 43.

unmöglicht wurde. Rechtlich gleichwertig mit der Möglichkeit der Einlegung von Rechtsmitteln ist auch die Möglichkeit, dass dem Verletzten der Weg offen steht, durch Geltendmachung eines selbstständigen Anspruches gegen eine deckungspflichtige Person den Schaden abzuwenden.[1]

Deshalb bestimmt im Anschluss an eine auch in der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis vielfach vertretene, von andern aber bestrittene Ansicht, das preussische A. L. R., II., 10, § 91, dass der Anspruch auf Schadenersatz gegen einen Beamten wegen Verletzung der Amtspflicht ein subsidiärer ist, d. h. nur dann stattfindet, wenn kein anderes, gesetzmässiges Mittel, wodurch den nachteiligen Folgen der Pflichtverletzung abgeholfen werden könnte, mehr übrig ist.[2]

Die Motive zum Entwurfe des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches[3] äussern sich hierüber:

[1] Nihil enim interest cum possit condicere l. 3, § 2, D. 11, 6. Was würde im Falle dieser Pandektenstelle der Feldmesser dem Verkäufer antworten, wenn dieser dem Käufer die Nachzahlung des zuviel erhaltenen Masses erlassen hätte und sich einfallen lassen wollte, dessen Vergütung vom Feldmesser zu verlangen? — Will sich der Verletzte zunächst bei der deckungspflichtigen Person erholen, so ist zur Sicherung seines Anspruches gegen Beamte nicht notwendig, diesem den Streit zu verkünden.

[2] Das deutsche Reichsgericht in Zivilsachen, Bd. 26, S. 341, entschied in einer Entschädigungsklage: „Der von einer polizeilichen Verfügung Betroffene ist in seiner Entschliessung, ob er die zulässigen Rechtsmittel einlegen will, unbehindert. Beruhigt er sich aber bei der Verfügung, so hat der Richter dieselbe ebenso als gesetzmässig, auch gegen seine eigene Rechtmeinung, anzusehen, als wenn sie von der letzten Verwaltungs- oder verwaltungsgerichtlichen Instanz auf Beschwerde oder Klage aufrecht erhalten worden wäre, und er darf nur darüber befinden, ob die für ihn unantastbare Gesetzmässigkeit der polizeilichen Verfügung vorausgesetzt, durch dieselbe ein zur Entschädigung berechtigender Eingriff in die Privatrechte geschehen sei.“ Vergl. ferner ebendaselbst B. 4, S 327.

[3] Bd. II., S. 825 ff.

„Wenn gleich Rücksichten der Billigkeit und die Rücksicht auf das bestehende Recht sich dafür anführen lassen, die Haftpflicht des Beamten gegenüber dem geschädigten Dritten nur als eine subsidiäre zu gestalten, so ist es doch als bedenklich erachtet, in dieser Beziehung zu Gunsten der Beamten von den allgemeinen Grundsätzen, nach welchen die Haftung derselben für den aus ihrer Pflichtverletzung wirklich entstandenen Schaden nicht eine blos subsidiäre ist, abzuweichen, zumal durch die Anerkennung einer nur subsidiären Haftpflicht der Beamten dem verletzten Dritten die Verfolgung seiner Schadenersatzansprüche erheblich erschwert wird."

Aus dem bisher Gesagten geht unzweifelhaft hervor, dass in der vorliegenden Materie der Einfluss des richterlichen Ermessens in grossem Umfange begründet ist.

Es hat daher das schweizer. O. R. das Richtige getroffen, wenn es dem hier einschlägigen Artikel eine elastische Fassung gegeben hat. Dasselbe legt es nämlich in Art. 51, Abs. 2, in das Ermessen des Richters, im Falle des Mitverschuldens des Beschädigten die Ersatzpflicht nach Verhältnis zu ermässigen oder gänzlich von derselben zu entbinden.[1] Der Richter wird demgemäss unter Würdigung der individuellen Verhältnisse und konkreten Umstände den vorgelegten Fall zu entscheiden haben.

b) Die Unmöglichkeit der Anfechtung eines rechtswidrigen amtlichen Aktes.

Dann ist die Rechtswidrigkeit zu einer unumstösslichen Tatsache geworden. Soweit es sich dabei aber nicht um

[1] Vergl. Rossel, a. a. O., § 3, Nr. 81. E. B. G., X., 384 f. Entscheid der Aufsichtsbehörde in Betreibungssachen des Kantons Appenzell A.-Rh. (Rechenschaftsbericht des Regierungsrates Appenzell A.-Rh., 1895/96, S. 247, lit. b.)

einen der Realisierung im Betreibungswege fähigen vermögensrechtlichen Titel handelt, oder insoweit der Geschädigte Nebenansprüche geltend macht, hängt alles von der Möglichkeit eines Schadensnachweises und der Darlegung des ursächlichen Zusammenhanges ab. Wurde z. B. innerhalb der nützlichen Frist der Beschwerdeweg nicht betreten, so bedeutet der Verlust eines Sicherungsmittels (z. B. Pfändungs-, Retentionsrechtes) noch nicht zugleich den Eintritt eines Schadens, sondern erst, wenn ohne dasselbe der betreffende Anspruch nicht zu realisieren wäre.[1] Solange auch hier wieder der Schaden durch Regress auf eine dritte deckungspflichtige Person sich abwenden lassen würde, kommt auch der amtlichen Handlung trotz ihrer unanfechtbaren Rechtswidrigkeit keine schadenverursachende Bedeutung zu. Wenn nun aber der Verletzte auch von diesem Regressrechte keinen rechtzeitigen Gebrauch gemacht[2] oder die rechtzeitige Einlegung von Rechtsmitteln versäumt hat, so trifft ihn der volle Vorwurf der Mitschuld, welche genügende Ursache des eingetretenen Schadens enthält. Fälle dieser Art wären z. B. folgende: Das Zuwarten mit der Regressklage gegen Deckungspflichtige, bis dieselben ihre Vermögenslage verschlechtert haben; Unterlassen, den Inhalt der amtlichen Akten, soweit sie dem Verletzten zugänglich, einer sorgfältigen Prüfung zu unterwerfen, so dass die darin enthaltenen Verstösse in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung nicht zu seiner Kenntnis gelangt waren. Diese Ansicht ist jedoch nicht unbestritten. So lässt sich Windscheid[3] dahin aus, dass man dem Richter in keinem Falle das Recht geben dürfe, sich darauf zu berufen, die Partei habe die Benützung

[1] Klewitz, a. a. O., 46 f.

[2] Z. B. durch Unterlassung der Streitverkündung bei Anhebung der Klage. Vergl. E. B. G., V., 401 f.

[3] Pandekten, II., Anmerkung 1 zu § 470.

eines ihr zu Gebote stehenden Rechtsmittels versäumt; er will eine Berufung nur dann für zulässig erachten, wenn die Partei das Rechtsmittel nicht versäumt, sondern freiwillig von demselben keinen Gebrauch gemacht habe, in welchem Falle eine Anerkennung des Urteils vorliege.

Nach unserer Ansicht aber wäre ein schuldbares Versäumen eines Rechtsmittels rechtlich dem freiwilligen Verzicht auf dasselbe gleichzuhalten.

Beistimmen könnten wir aber auch nicht der Meinung Gfr. Webers,[1] wonach die unterbliebene Einlegung eines Rechtsmittels gegen den ungerechten amtlichen Akt unter allen Umständen den Verlust des Regressrechtes gegen die dritte deckungspflichtige Person nach sich ziehen würde.[2] Denn ein notwendiger Zusammenhang, der für alle Fälle ausreichen würde, ist hier nicht zu bemerken.

[1] G. Weber in Lindes Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess. VII., 39.

[2] Weber behauptet, es handle sich hier nicht mehr um ein damnum injuria datum, nicht um einen von der Willkür des Beschädigten unabhängigen Schaden, sondern um einen Nachteil infolge freier Einwilligung in den Vergleichsvorschlag, der in dem noch nicht rechtskräftigen Urteil enthalten sei. Aber es ist unerwiesen, dass dem noch anfechtbaren richterlichen Urteil die Bedeutung eines Vergleichsvorschlages zukommt und dass die Passivität des Geschädigten schlechthin die Genehmigung des Richterspruches involviere. „Der Nichtgebrauch von Rechtsmitteln wird vielmehr nicht selten auf Gründe ganz anderer Art zurückzuführen sein. Und selbst, gesetzt der Fall, der Verletzte habe sich wirklich mit dem Richterspruch einverstanden erklärt: würde eine solche Genehmigung ohne weiteres den Schluss rechtfertigen, dass damit für denselben eine selbständige zivilrechtliche Verbindlichkeit in Hinsicht auf die Eventualität einer Regressklage erwachsen sei? Zu einer solchen Annahme würde es jedenfalls einer unzweideutigen Willensmanifestation dem Richter gegenüber bedürfen, aus welcher sich eine Verzichtleistung auf die Geltendmachung eventueller Regressansprüche entnehmen liesse. Zu einer solchen Verzichtleistung wird aber eine Partei regelmässig gar keine Veranlassung haben.“ Klewitz, a. a. O., Seite 49.

Dagegen wäre es ein Fehlgriff, auch bei den (rechtswidrigen) Urteilen und den nicht jederzeit anfechtbaren Beschlüssen einen durch Vollzug des Urteils, beziehungsweise Beschlusses, bereits eingetretenen materiellen Schaden zu verlangen; denn das Vermögen einer Partei ist schon dadurch beschädigt, dass der Gegner einen vollstreckbaren Titel gegen sie erhält.[1]

Wird endlich eine schädigende amtliche Verfügung im Rekurswege von der letzten Instanz bestätigt, so bleibt die Haftverbindlichkeit der ersten handelnden Behörde damit unverändert bestehen, da die schädigende Verfügung nicht von der im Rekurswege angegangenen Oberbehörde ausgegangen und sich letztere rein negativ zur Sache verhalten hat, wenn sie sich nicht veranlasst sah, auf den Rekurs des Klägers einzugehen. Durch den Rekurs wird also die Passiv-Legitimation nicht verändert.[2]

§ 2. Umfang des Schadenersatzes.

Eine wesentliche Voraussetzung zivilrechtlicher Ersatzpflicht des Beamten ist, dass durch seine Amtspflichtverletzung dem Staate oder einem Privaten ein Schaden verursacht worden und derselbe bereits eingetreten ist. „Il ne suffit pas", schreibt Laurent, „qu' on constate la faute, il faut aussi qu' on établisse que la faute a causé un dommage."[3]

Der Eintritt eines Schadens ist eine so natürliche Voraussetzung einer Haftpflicht, dass jene Bestimmungen einiger

[1] Haffner, a. a. O., 65.

[2] Vergl. Seufferts Archiv, XXV., 244, betreffend eine Klage wegen Beschränkung in Gewerbebefugnissen, weil die Polizeibehörde einer Seiltänzergesellschaft das Auftreten verbot.

[3] Laurent, a. a. O., XX., S. 412.

alter Betreibungsgesetze (Zürich 1832, Thurgau 1851, Luzern, s. b. Reichel, das Betreibungsamt im schweiz. Rechte, p. 584 ff.) wonach der fehlbare Betreibungsbeamte Selbstschuldner des betreibenden Gläubigers wurde, selbst wenn ein Schaden nicht eingetreten, eine nicht zu rechtfertigende Strenge enthalten und nur als Poenalbestimmungen zu erklären sind. Allerdings wird man bei Schadenersatzklagen, welche auf gewisse, nicht scharf abzuwägende Momente, wie z. B. Kreditschädigung, sich gründen, einen strikten, ins einzelne gehenden Nachweis des erlittenen Schadens und seiner Höhe nicht verlangen, sondern als zur Substantiierung der Klage genügend erachten müssen, wenn solche Umstände dargetan werden, welche dem Richter nach allgemeinen Erfahrungsgrundsätzen einen Schluss auf die Existenz des Schadens und dessen ungefähre Höhe gestatten.[1]

Der Umfang der Interessenvergütung wird bestimmt durch den Grund, welcher zur Leistung des Interesses verpflichtet, daher ist die Haftung für (ausserkontraktliche) Verschuldung auch die umfassendste. Dabei können folgende Gesichtspunkte massgebend sein:

a) Vermögenseinbusse (damnum emergens)
d. h. die Entziehung von Werten, die bereits zum Vermögen des Geschädigten gehörten.[2]

Das deutsche Reichsgericht stellt den Satz auf: „Eine blosse Veränderung in der Vermögenslage des

[1] Vergl. E. B. G., VII., 156 ff., in einer Entschädigungsklage wegen ungerechtfertigter Beschlagnahme.

[2] Ueber die Berechnung des Schadens nach dem Interesse, welches der Kläger an der Ausführung einer rechtswidrig unterlassenen amtlichen Handlung hatte, vergl. Z. Sch. R., XII., Abteilung Rechtspflege, S. 58. Hier wird ein Urteil des Basler Obergerichtes erwähnt, nach welchem ein Notar, der ein Pfandrecht nicht in das Hypothekenbuch eintrug, nicht zum Ersatze der betreffenden Pfandsumme (wie der Kläger beantragte)

Klägers durch einen Beamten ist zur Begründung einer Schadenersatzklage nicht geeignet. Ob aber, wenn durch eine solche Veränderung eine Beeinträchtigung der Vermögenslage des Klägers herbeigeführt wurde, rechtlich ein Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes im allgemeinen gegeben ist, kann unerörtert bleiben, denn selbst wenn man denselben auch an sich nicht anerkennen will, so ist damit nicht ausgeschlossen, dass in besonders gearteten Fällen, sei es in oder ausser Kontraktverhältnissen, das Interesse des Geschädigten gerade in der Herstellung seiner früheren Vermögenslage gefunden werden muss." Als solchen Fall anerkennt das Reichsgericht die Klage aus arglistigem Verhalten des Schädigers, die auf Ersatz des vollen Interesses geht.[1]

In der Praxis der kantonalen Gerichte macht sich auf Grund der kantonalen Verantwortlichkeitsbestimmungen in der Regel die mehr der Billigkeit als dem strengen Recht entsprechende Anschauung geltend, dass der Beamte bei dolosem Handeln und grober Fahrlässigkeit den vollen Schaden, bei geringer Fahrlässigkeit hingegen nur das damnum emergens zu vertreten habe. Wir berufen uns diesfalls auf einen Entscheid des luzernischen Obergerichtes vom 27. September 1865. Ein Gemeinderatsschreiber-Substitut hatte im Sinne des § 436 des bürgerlichen G. B. bei

verurteilt wurde, sondern nur zum Uebererlös aus der Gant über die zwei vorstehenden Hypotheken plus der Differenz zwischen demGanterlös und kurz darauf vom Ersteigerer erzielten Kaufpreis. Denn dieser Betrag entspreche der Summe, welche Kläger an seiner Pfandforderung nebst Zinsen erhalten hätte, wenn er die Stelle des dritten Hypothekarkreditoren eingenommen und gleich diesem das Gut weiter verkauft hätte.

[1] Vergl. Entsch. des Reichsgerichtes in Zivilsachen, XVII., 112, betreffend eine Syndikatsklage gegen die Erben eines Bürgermeisters, wegen dessen arglistige Verleitung zum Erwerbe eines Grundstückes als Bauplatz für ein Schulhaus, zu welchem Zwecke es nicht geeignet war. Vergl. Seufferts Archiv, Bd. 44, Nr. 24.

Errichtung eines Testamentes mitgewirkt, ohne in der Eigenschaft als Substitut je beeidigt worden zu sein. Das Testament wurde infolge dessen durch letztinstanzliches Urteil gestürzt, worauf Kläger Regress für dem ihm testamentarisch zugedachten Betrag am Substituten nahm. Das Obergericht wies indes die Klage, insoweit sie sich auf den im Testamente zugewendeten Betrag bezog, ab, weil derselbe sich als entgangener Gewinn darstelle, zu dessen Ersatz der Substitut nicht verpflichtet sei, weil keine böse Absicht vorgelegen habe, sondern nur schuldbares Versehen. Bei Schadenersatzforderungen aus ausserkontraktlicher culpa seien der wirkliche Schaden und der entgangene Gewinn auseinander zu halten, zum Ersatze des ersteren reiche jegliches Verschulden hin, zum Ersatze des letzteren sei aber dolus erforderlich."

Daraus ist ersichtlich, dass die Schadenersatzpflicht eines Beamten die Ersetzung der wirklichen Vermögenseinbusse stets als Mindestmass in sich begreift, wenn von dem in Art. 51, Abs. 2, des schweizerischen O. R. angezogenen Momente einer Mitschuld des Verletzten abgesehen wird.

Hieher gehört auch der Fall der Haftung für den Verlust eines Klagerechtes (z. B. der actio hypothecaria), das durch das schuldhafte Handeln eines Beamten hinfällig geworden. Der Kläger ist dann berechtigt, mit der Interessenklage aufzutreten.

Einen eigenartigen Fall bildet die Ueberschreitung des Budgets durch einen Beamten. Das deutsche Reichsgericht [1] erklärte einen technischen Beamten dafür verantwortlich, dass er abweichend von den Kostenvoranschlägen und Plänen und von den unter Genehmigung der Regierung mit den Lieferanten geschlossenen Verträgen für einen Bau Materialien verwendet hat, welche an sich oder wegen ihrer

[1] Entscheid. des Reichsgerichtes in Zivilsachen, XIII., 258 ff.

Bearbeitung teurer waren, als es veranschlagt worden, und dass er die Abweichungen, obgleich er sie bei gehöriger Aufmerksamkeit erkennen konnte und musste, dennoch nicht vermieden, sondern — durch Annahme und Verwendung von anschlagswidrigen Materialien — zugelassen, auch die dadurch erhöhten Liquidationen bescheinigt und zur Zahlung vorbereitet, dadurch aber den Kläger (Fiskus) geschädigt habe. Die Einreden, der Wert des Gebäudes habe im Betrage der Mehraufwendungen zugenommen, der Kläger sei auch nicht verpflichtet gewesen, die Mehrausgaben an die Lieferanten zu zahlen und deshalb berechtigt sei, die Zahlungen von den Empfängern zurückzufordern, wurde nicht anerkannt. Denn mit Rücksicht auf den Umstand, dass der Mehraufwand durch keine erhöhte Annehmlichkeit kompensiert wurde, legte das Gericht seiner Schadensfeststellung auch nicht den Sachwert, d. h. den Wert zu Grunde, den das Gebäude für jedermann durch Veräusserung hat, weil dieser Wert für den klagenden Staat nicht massgebend sei; es falle das in das Ermessen des Richters, denn quatenus cujus intersit in facto, non in jure consistit (l. 24 Dig. de reg. jur. 50, 17). Den nachteiligen Folgen des Versehens des beklagten Beamten konnte auch nicht durch ein anderes gesetzliches Mittel abgeholfen werden. Der Kläger war zur Zahlung der Mehrlieferungen nicht verpflichtet, die Zahlung erfolgte aber, weil die Lieferung geschehen und die Notwendigkeit derselben von dem beklagten Beamten — unrichtig — bescheinigt war. Die Kondiktion (Zurückforderung) der Zahlungen ist unmöglich, weil die Rückgewähr der verwendeten Materialien unmöglich ist und die Lieferanten die Zahlungen nicht sine causa erhalten haben.

Dieser interessante Entscheid verdient alle Beachtung zur Anerziehung eines geschärften Verantwortlichkeitsgefühles auch dem Fiskus gegenüber, hinter dessen abstrakten Begriff der sehr konkrete Begriff des steuerzahlenden Volkes steht.

Der Beamte wird endlich auch für die von ihm herbeigeführten Verluste nicht dadurch entlastet, dass er in andern Fällen durch pflichtgemässe Geschäftsführung und geschickte Verwaltung einen Gewinn für das von ihm verwaltete Institut erzielt hat.[1]

b) Vereitelung von Gewinn (lucrum cessans).

Dieser Massstab für eine Ersatzpflicht ist ein problematischer. Wir lesen darüber im Kommentar von Fick und Schneider zu Art. 50 des O. R.: „Der Schaden kann auch im Entzuge eines Gewinnes bestehen, den der andere gemacht haben würde, wenn die widerrechtliche Handlungsweise ihm nicht zugefügt worden wäre; nur kann ein blos gehoffter, nicht bereits sicherer Gewinn nicht in Betracht fallen." Der Geschädigte kann vor allem Gewinn beanspruchen, zu dessen Erlangung er besondere Anstalten getroffen hatte, welche begründete Aussicht auf Verwirklichung hatten, aber durch die Beschädigung vereitelt wurden. Hievon abgesehen, kann er fordern, was jeder nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit dem Geschuldeten hätte gewinnen können, insbesondere Zinsen.

Ein Gemeinderat des Kantons Schaffhausen erteilte einem Bürger auf sein Ansuchen eine Baubewilligung, ohne zuvor nach Vorschrift der §§ 48 und 50 des Strassenbaugesetzes und § 6 des Baugesetzes der kantonalen Baudirektion, bezw. dem Strasseninspektor, Anzeige zu machen. Als der Bau begonnen wurde, inhibierte die kantonale Baudirektion denselben und das Obergericht gab dem Bauherrn auf, die angefangene Baute bis zu einem bestimmten Termin

[1] Vergl. Urteil des solothurnischen Obergerichtes vom 12./13. Oktober 1888 i. S. Solothurn (Staat) gegen Bankdirektor Kaiser in der Z. B., XXIV., 6. Heft. 31.

zu beseitigen, wenn er nicht bis dahin die Bewilligung des Regierungsrates erwirken könne. Das war unmöglich und nun belangte der Kläger den Gemeinderat auf Ersatz des positiven Schadens (Wert des alten Baues, Kosten des Bauprozesses) und zugleich um Ersatz des entgangenen Gewinnes für den Neubau. Das Obergericht wies letzteres Begehren des Klägers ab, legte aber den Ersatz des ihm erwachsenen positiven Schadens dem Gemeinderate zur Bezahlung auf, da die Anzeigepflicht ihm bekannt sein musste, er somit fahrlässig gehandelt und der Kläger der Meinung sein konnte, nachdem er die gemeinderätliche Bewilligung erhalten, habe er von der Regierung keine Einsprache mehr zu gewärtigen.[1]

c) Tort moral.

Der ideelle Nachteil an immateriellen Rechtsgütern.

Art. 55 des schweizer. O. R. macht es dem Richter möglich, im Falle eines ideellen Nachteiles an immateriellen Rechtsgütern auf eine angemessene Geldsumme, auch ohne Nachweis eines Vermögensschadens, zu erkennen (sogen. Quasi-Schmerzensgeldklage).

Unter „Schaden" im Sinne von Art. 50 des schweizer. O. R. ist nämlich nach bundesgerichtlicher Praxis (cf. E. B. G. i. S. Jacot c. Béguin, X., 1884, pag. 567 ff.) nicht blos ein Vermögensschaden, sondern auch eine (ernstliche) Verletzung der Person an ihrer Ehre, Freiheit und Körper, abgesehen von deren nachteiligen Wirkungen auf das Vermögen, zu verstehen.[2]

[1] O. G., Urteil vom 4. Mai 1888. Vergl. auch Urteil vom 29. Juni 1877 Bericht des Obergerichtes 1876 77, S. 58.

[2] Schadenersatz im weitern Sinne. Vergl. E. B. G., VIII., 806 f. und 810 f. Vergl. Stooss in Z. Sch. R., Bd. 27, S. 612, über die

Die praktische Tragweite dieses neuen Prinzipes ist eine ausserordentlich weitgehende. Nach demselben wird derjenige, welcher über einen andern etwas Unwahres, die Ehre, den guten Namen und den Kredit desselben Beeinträchtigendes, ohne die Absicht, zu beleidigen, und ohne das Bewusstsein der Unwahrheit, behauptet hat, den dadurch verursachten Schaden ersetzen müssen, sofern er bei gehöriger Aufmerksamkeit die Unwahrheit seiner Behauptungen hätte kennen sollen. Nach dem bisherigen Rechte der deutschen Schweiz würde in einem solchen Fall wohl kaum ein Gericht zu einer Verurteilung gelangen können.[1]

Das französische Recht enthält für den Vermögensschaden, wie für den sogen. tort moral den einzigen Art. 1382. So schreibt Laurent:[2] L' art. 1382 parle d'un dommage en termes absolus, qui ne comportent pas de distinction; tout dommage toit donc être réparé, le dommage moral aussi bien, que le dommage matériel."

Die kantonalen Verantwortlichkeitsgesetze sprechen in der Regel nur von „Schaden", ohne sich darüber auszusprechen, ob damit nur eine Einbusse an den geldwerten Rechten gemeint, oder ob auch der ideelle Nachteil mit inbegriffen sei. Man kann darüber streiten, ob die extensive Interpretation im letztern Sinne auch da Platz greife, wo der Begriff „Schaden" nicht ausdrücklich, wie im Luzerner Verantwortlichkeitsgesetze (§ 11, al. 3)[3] dem „tort moral" gegenüber gestellt wird. Praktisch kann z. B.

Möglichkeit der Verbindung der Schadenersatzklage im engern Sinne aus Art. 50, O. R., und der Quasi-Schmerzensgeldklage aus Art. 55, O. R. Ferner A. Martin in Z. Sch. R., Bd. 30, S. 32 ff.

[1] S. Botschaft des Bundesrates zu einem Gesetzesentwurfe, enthaltend schweizer. Obligationen- und Handelsrecht vom 27. November 1879, p. 26.

[2] Laurent, a. a. O., Bd. XX., Nr. 395, S. 415.

[3] In Verbindung mit § 12, leg. cit. Dies gilt im Falle jedweder Fahrlässigkeit.

ein solcher Zweifel bei der Frage werden, ob ein Beamter, welcher widerrechtlich ein ungünstiges Leumundszeugnis ausgestellt, für den dadurch dem Privaten zugefügten ideellen Nachteil auf Schadenersatz durch Geld belangt werden könnte. Unter Schaden versteht das römische und heutige gemeine Recht nur Vermögensnachteile. Demnach würden Verletzungen der körperlichen Integrität, der Ehre, der Affektion, Entziehung von Annehmlichkeiten und geistigen Genüssen u. drgl. nicht als Schaden gelten und kein Recht auf Schadenersatz begründen, sondern nur auf Strafe, dieses aber nur vom Standpunkte der Injurie und des Schmerzensgeldes. Bruns[1] findet dies nicht gerechtfertigt, denn der Begriff von Interesse als Vermögensdifferenz passt darauf zwar nicht. Allein alles Vermögen ist nur Mittel für den Genuss und wenn daher für den Entzug der Mittel zum Genusse Ersatz gegeben werden muss, so ist nicht abzusehen, warum nicht auch für die direkte Schädigung des Genusses Entschädigung durch Verschaffung der Mittel für andern Genuss eintreten soll. Wie bereits erwähnt, zweifelt die französische Praxis[2] nicht daran und auch das Schmerzensgeld der Carolina ist eigentlich nicht Strafe, sondern „Ergetzung“ für „Schmach und Schmerzen“. Aber eine andere Frage ist es, ob die kantonalen Verantwortlichkeitsgesetze sich eine solche Auffassung zu Grunde gelegt haben.

d) Richterliches Ermessen.

Die weite Ausdehnung der ausserkontraktlichen Schadensersatzverbindlichkeit in Art. 50, O. R., führte mit

[1] Bruns, Das heutige römische Recht. Ergänzt von E. Eck in Holzendorffs Encykl. der Rechtswissenschaft. 5. Aufl., Leipzig 1890, S. 499.

[2] Vergl. Zink: Ueber die Ermittlung des Sachverhaltes im franz. Zivilprozesse. Bd. 2,. 1860.

Notwendigkeit dazu, in Art. 51 dem richterlichen Ermessen einen sehr weiten Spielraum bei Bestimmung der Art und Grösse des Schadenersatzes einzuräumen und den Richter anzuweisen, dabei die besondern Umstände und namentlich die Grösse der Verschuldung [1] (ob rechtswidrige Absicht oder blose Fahrlässigkeit), ob ein grösserer oder geringerer Grad derselben vorliege, zu würdigen. Namentlich sind die subtilen Fragen, ob blos direkter oder auch indirekter Schaden, ob blos positiver Schaden oder auch entgangener Gewinn zu berücksichtigen sei, dem richterlichen Ermessen anheim gegeben.[2]

e) Gesetzlicher Massstab.

Sehr selten bestimmt der Gesetzgeber selbst den Umfang der Interessenvergütung. Wir führen folgende Beispiele an:

Im Thurgau haftet der Gemeinderat für die von ihm vorgenommene amtliche Schatzung, für das Kapital, zwei verfallene und den laufenden Zins.

Im Schaffhauser Privatrechte (Art. 771) war vorgesehen, dass der Gemeinderat zu Gunsten des Pfandgläubiger, abgesehen von anderweitigen Garantien, für den Erlös von 70 % des Schatzungswertes hafte.[3]

[1] Die Verwendung dieses subjektiven Massstabes neben dem objektiven geschieht aus Billigkeitsrücksichten in Anlehnung an die franz. Jurisprudenz, ist jedoch mit der ausgleichenden Funktion des Schadenersatzes schwer in Einklang zu bringen. — Vergl. Rott in Z. B., Bd. 12, S. 361, und Stooss in Z. Sch. R., Bd. 27, S. 592 ff.

[2] Botschaft des Bundesrates zum Entwurf des schweizerischen O. R., p. 26.

[3] Mit Gesetz vom 27. Juli 1874 aufgehoben.

§ 3. Schadensvertretung.

1. Die Selbstschuldnerschaft.

Dieses System hat in einigen frühern Betreibungsgesetzen Aufnahme gefunden.

In Zürich hatte das Gesetz von 1832 den freilich über das billige Mass hinausgehenden Grundsatz aufgestellt, dass jeder aus Absicht oder Nachlässigkeit hervorgegangene Fehler oder Verzug den Schuldenschreiber oder Gemeindeammann selbst zur Zahlung verpflichte, wogegen derselbe dann in die Rechte des treibenden Gläubigers eintrete, also möglicherweise auch in Fällen, in denen durch diesen Fehler gar kein Schaden entstanden ist. Ein Spezialgesetz vom 21. Dezember 1841, das dann auch in die spätern Revisionen des Betreibungsgesetzes aufgenommen wurde, brachte die Milderung, dass dem Beamten, der gefehlt hatte, gestattet wurde, durch den Nachweis, dass ein Schaden nicht entstanden sei, sich frei zu machen. Er musste zwar die Summe deponieren, konnte diese aber, wenn er den fraglichen Beweis leistete, wieder für sich beziehen.

Im Kanton Thurgau galt in der Regel die gewöhnliche Schadenersatzpflicht, und zwar nach Vorschrift des Spezialgesetzes über Verantwortlichkeit der Beamten vom Jahre 1851. Ausnahmsweise trat aber der Betreibungsbeamte als Selbstschuldner an die Stelle des Schuldners, wenn er nämlich entgegen dem bestimmten Auftrag des Gläubigers, die Versilberung der Pfandschatzung vorzunehmen, nicht in den gesetzlichen Fristen ausführte und so das Pfandrecht verjähren liess.

In diesem Falle musste er sofort zahlen, wurde dann aber durch die Zahlung der betriebenen Forderung von Gesetzeswegen Rechtsnachfolger des Gläubigers und konnte, wenn er den Beweis leistete, dass kein Schaden entstanden, den Betrag zurückfordern.

Scheinbar am strengsten war die Selbstschuldnerhaft der Betreibungsbeamten vom Kanton Luzern ausgebildet. Dort war im Gesetze ausdrücklich vorgeschrieben, dass, wenn Verzögerung eintrete in Vollziehung der der Konkurseröffnung vorangehenden Aufrechnung der betriebenen Forderung, der Gerichtspräsident dem Gemeindeammann oder (wie derselbe als Betreibungsbeamter hiess) dem „Botenweibel" auf Begehren eine kurze Frist ansagen konnte zum Ausweis, dass Zahlung geleistet sei, widrigenfalls ihm selbst die Aufrechnung sofort gemacht wurde, und dass, wenn der Gerichtspräsident hierin säumig war, er selbst nun zahlen musste. Aehnliche Vorschriften galten für die Verantwortlichkeit sämtlicher bei der Betreibung beteiligter Beamten, wenn die Betreibung wegen Nichteinhaltung der Fristen erlosch oder der Konkurs nicht rechtzeitig ausgeschrieben wurde.

Auf Grund des § 28 des früheren zugerischen Rechtstriebgesetzes hat „gemäss bisheriger Praxis" das Kantonsgericht Zug mit Urteil vom 23. August 1883 einen Rechtstriebbeamten wegen Verabsäumung der gesetzlichen Rechtstriebfristen nicht blos zum Schadenersatz verurteilt, sondern zur Deckung des vollen Betrages der betriebenen Forderung verpflichtet, da die Rechtstriebbeamten nach verlangter Pfandstellung (ohne ausdrücklichen Bericht an den Gläubiger, dass kein oder nicht genügend Pfand gestellt worden sei und daher der Generalarrest angesagt worden) als mit Pfändern gedeckt betrachtet wurden und daher neben dem Schuldner gemäss Gesetz als persönliche Schuldner für den ganzen Betrag angesehen wurden. Das Appellationsgericht und Kassationsgericht verpflichtete jedoch den Beklagten blos zum Schadenersatz.[1]

Wo die Schatzung der Pfänder von besonderer Wichtigkeit war, wie in den Bergkantonen, da kam es mitunter vor,

[1] Rechenschaftsbericht des zugerischen Obergerichtes vom Jahre 1884, S. 44 ff.

dass die Schätzer für ihren Ansatz in der Weise verantwortlich gemacht wurden, dass die Sache zu diesem Preise ihnen selbst heimgeschlagen werden konnte.

Man sollte nun annehmen, dass dieses strenge System der Selbstschuldnerschaft die Nachlässigkeit der Beamten auf ein äusserst geringes Mass herabgedrückt hätte. Statt dessen konstatiert der Jahresbericht des luzernischen Obergerichtes aus dem Jahre 1879 eine erschreckende Zunahme der Androhungsbefehle gegen die Botenweibel 1877: 4355; 1879: 5119; und der Exekution gegen die Gerichtspräsidenten: 1877: 263; 1879: 403.

Während so von aussen betrachtet das luzernische System eine besondere Garantie für den betreibenden Gläubiger zu bieten schien, machte es sich in der Anwendung so, dass der dem Schuldner Kredit gewährende Betreibungsbeamte meist selbst in den ökonomischen Ruin des Schuldners mit hineingezogen wurde. Dieses strenge System der Selbstschuldnerschaft hat sich also praktisch nicht bewährt.[1]

2. Haftung pro rata oder Solidarhaft.

Der Grundsatz des bürgerlichen Lebens, dass ein jeder nur für den an ihm selbst verursachten Schaden ersatzpflichtig wird, hat auch für Behörden und Beamten-Verantwortlichkeit zu gelten. Es erscheint daher beinahe überflüssig, eine Bestimmung, wie sie z. B. im St. Galler Verantwortlichkeitsgesetz, Art. 13, enthalten ist: „Für den entstandenen Schaden haftet jedes Mitglied rein persönlich nach dem Grade seiner Verschuldung; die Haftbarkeit erstreckt sich daher nicht auf die Amtsführung von Vorgängern oder Kollegen".

[1] Reichel: Das Betreibungsamt im schweizer. Rechte. pg. 584 ff.

Schwieriger ist für den Gesetzgeber die Frage, ob er für die Beamtenverantwortlichkeit in gleicher Weise wie für den bürgerlichen Verkehr (Art. 60, O. R.) das Prinzip der Solidarität für den von mehreren gemeinsam verschuldeten Schaden festsetzen soll oder nicht.

Die Motive des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches sprechen sich S. 826 darüber folgendermassen aus: „Gemeinrechtlich gehen die Ansichten auseinander, ob, wenn die Pflichtverletzung von einer Kollegialbehörde ausgegangen, nur die schuldigen Mitglieder der letztern oder die sämtlichen Mitglieder, wenigstens diejenigen, welche an der verletzenden Verfügung teilgenommen haben, oder das Kollegium als solches in Anspruch genommen werden können.[1] Das preussische A. L., II., §§ 127 ff., geht von dem Grundsatze aus, dass die Mitglieder eines Kollegiums sämtlich für die dem Kollegium obliegenden Geschäfte einzustehen haben; doch wird dieser Grundsatz durch eine Reihe detaillierter Vorschriften teils modifiziert, teils mehr bestimmt. Nach den meisten neueren Gesetzgebungswerken haften dagegen in Gemässheit der allgemeinen Grundsätze immer nur die schuldigen Beamten, indem wegen der Haftung von Mitgliedern eines Kollegiums besondere positive Vorschriften nicht gegeben sind (cf. sächs. G. B., §§ 1506, 1507; Zür. G. B. 1858; hessischer Entw. Art. 684; bayererischer Entw. Art. 953; Dresd. Entw. Art. 1029). Dem Vorgange dieser letzteren Gesetzgebungswerke ist der Entwurf gefolgt. Ein Bedürfnis, in Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen durch positive Bestimmungen dem Beschädigten in dem in Rede stehenden Falle die Verfolgung seines Ersatzanspruches zu erleichtern, kann nicht anerkannt werden. Eine solche Begünstigung des Beschädigten kann auf der andern Seite für die nichtschuldigen Mitglieder zu grossen Härten führen,

[1] Seufferts Archiv. XIV., 140. und Sintenis. Das praktisch-gem. Zivilr., II., 782 (ed. 2. S. 773).

die auch durch einen Regress der letztern gegen die schuldigen Mitglieder keineswegs in allen Fällen beseitigt werden. Inwiefern, wenn mehrere Personen den Schaden verschuldet haben, dieselben als Gesamtschuldner haften und derjenige von ihnen, welcher Ersatz geleistet hat, gegen die andern Regress nehmen kann, ergibt sich aus den §§ 713, 714, 337, 338."

a) Haftung pro rata.

Die Tendenz der schweizerischen Rechtsquellen geht im allgemeinen dahin, die Solidarität zu beschränken. So wird die solidarische Haftung ausgeschlossen in

Obwalden, V. G., Art. 4, gegenüber Kollegialbehörden; ebenso

Bern, § 4,

Baselland, § 13,

Luzern, § 13, betreffend jeden Beamten, ebenso

Solothurn, § 1.

Schaffhausen, Art. 8. Die einzelnen Mitglieder haften für den verursachten Schaden nicht solidarisch, sondern für ihr Betreffnis.[1]

Thurgau, § 4. Bei den Behörden trifft die Verantwortlichkeit, welche, die Fälle von Verbrechen und Vergehen ausgenommen, eine nicht solidarische ist, die einzelnen Mitglieder nach Massgabe ihrer Teilnahme an den der Klage zu Grunde liegenden Beschlüssen und Verfügungen. Bis zum Beweise des Gegenteils wird die Teilnahme der einzelnen Mitglieder an den Verhandlungen der Behörde vermutet. In der Regel haben die Mitglieder einer Behörde

[1] Ein Gemeinderatsmitglied, welches im Ausstande des Gemeinderatsschreibers an dessen Stelle amtet, haftet bei einer Schadenersatzklage gegen das gesamte Kollegium nicht doppelt, als Gemeinderatsmitglied und als Schreiber, sondern lediglich in letzterer Qualität (Urteil des Obergerichtes Schaffhausen vom 16. Juli 1886, Bericht desselben vom Jahre 1886, S. 41 ff.).

den durch sie verursachten Schaden gleichmässig zu ersetzen. Der Richter ist jedoch ermächtigt, in ausserordentlichen Fällen die Beitragspflicht der einzelnen Mitglieder oder verschiedener mitwirkender Behörden in anderer Weise festzusetzen.

St. Gallen, Art. 3, al. 2. Wird eine Behörde gemeinschaftlich zum Schadenersatz verpflichtet, so haftet jedes einzelne Mitglied persönlich für sein Betreffnis, vorbehältlich des Nachweises, dass es an fraglicher Schädigung nicht teilgenommen habe . . .[1]

Zürich, P. G., § 423. Wenn mehrere Personen für derartigen Schaden auf gleicher Linie einzustehen haben, so haften sie im Falle fahrlässiger Schädigung persönlich in dem Sinne, dass jede zunächst nur für ihren Anteil und erst sekundär für das Ganze einzustehen hat.[2]

Grundsätzlich dieselben Bestimmungen, „Haftung pro rata für durch Fahrlässigkeit verursachten Schaden", hat Zürich, P. G., § 818, in Bezug auf die Verantwortlichkeit der Mitglieder der Vormundschaftsbehörden, ebenso Thurgau, P. R., § 295, Zug, P. G., § 115, al. 2, und Obwalden, V. G., § 42, al. 2.

Der Eigenartigkeit wegen, mit welcher Schaffhausen die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe, und zwar des selbstständigen Verschuldens der Obervormundschaftsbehörden und die Folgen des gemeinschaftlichen Verschuldens der Vögte, Waisenbehörden und Waiseninspektoren geregelt hat, lassen wir hier die verschiedenen Fälle folgen.

1. Der Fall absichtlicher Schädigung.

2. Der Fall fahrlässiger Schädigung aber selbstständigen Verschuldens (§ 362).

[1] Hingegen Solidarhaft bei vorsätzlicher Schädigung und auf Grund eines Strafurteiles.

[2] Aber Solidarhaft bei absichtlicher Schädigung.

Jedes Mitglied der schuldigen Waisenbehörde haftet nur für den ihn betreffenden Teil (P. R., § 868 c). Erfolglose Exekution gegen einen oder mehrere hat zur Folge, dass für die betreffenden Quoten die Gemeinde einzustehen hat.

Selbstständiges Verschulden des Waiseninspektors verpflichtet nur diesen in erster Linie. Nach erfolgloser Exekution jedoch kann der Staat belangt werden, der an dritter Stelle hinter der Gemeinde haftet.

3. Der Fall der fahrlässigen Schädigung infolge gemeinsamen Verschuldens (§ 363, P. R.).

a) Liegt das Verschulden sowohl auf Seite des Vogtes als der Waisenbehörde, so hat den dadurch erwachsenen Schaden der Vogt zu tragen.

Wird gegen ihn erfolglos exequiert, so können die Waisenbehördemitglieder je für den sie treffenden Teil der Verlustsumme eingeklagt werden. Ist von einem oder von mehreren derselben die Quote nicht erhältlich, so hat die Gemeinde zu bezahlen (vergl. den zweiten Fall).

b) Ist die Schädigung durch gemeinsame Fahrlässigkeit einzig der Waisenbehörde und des Waiseninspektors verursacht worden, so geht die Klage auf den Ersatz des Schadens zunächst nur gegen die einzelnen Mitglieder der Waisenbehörde und zwar gegen jeden nur für den ihn treffenden Teil der Verlustsumme. Erfolglos durchgeführte Exekution für die eine oder andere Quote berechtigt zum Regress auf den Waiseninspektor. Subsidiär haftet die Gemeinde und an letzter Stelle der Staat.

c) Der dritte noch mögliche Fall des gemeinsamen Verschuldens des Vogtes, der Waisenkommission und des Waiseninspektorates ist analog den beiden unter a und b behandelten zu entscheiden. Für die gesamte Schadenssumme haftet in erster Linie der Vogt,

für das von ihm nicht Erhältliche die Mitglieder der Waisenbehörde, jeder für den ihn betreffenden Teil, hinter denselben steht der Waiseninspektor und für das von diesem nicht Ersetzte tritt endlich wiederum die Gemeinde und hinter dieser der Staat.

Freiburg, V. G., Art. 3. Einzeln sind die Mitglieder des Staatsrates verantwortlich:

a) Für die Handlungen der ihnen übertragenen Direktionen, wenn diese Handlungen durch sie selbst und infolge eines von ihnen unterzeichneten Befehls vollzogen werden.

b) Für den Schaden, welcher aus der Unterlassung der ihnen kraft ihres Amtes obliegenden Handlung entsteht.

Analoge Bestimmungen hat der Kanton Neuenburg in den Art. 89—93 de la loi sur l'organisation du Conseil d'Etat (chap. II. de la responsabilité).

Tessin, V. G., Art. 1, al. 2.[1]

Waadt, Art. 2, al. 2, und

Wallis, Art. 2,

erklären übereinstimmend:

„Es kann keine zivilrechtliche Klage gegen den Staatsrat als Körper, sondern nur gegen die Glieder desselben persönlich und namentlich gerichtet werden. Es besteht unter ihnen keine andere Solidarität, als diejenige, die aus ihrer Teilnahme an einer gemeinsamen Handlung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen entstehen kann."

Noch erwähnen wir einer eigentümlichen Bestimmung in dem Gesetze betreffend die Organisation der Notariatskanzleien des Kantons Thurgau vom 20. September 1850 (§ 13): „Reicht nämlich das Vermögen des Notars beziehungsweise seiner Amtsbürgen nicht zum Ersatze des

[1] Tali azioni non possono essere esercitate contro il Consiglio di Stato in corpo, ma solamente contro i singoli membri nei casi previsti dalla legge.

auf dem Gebiete des Hypothekarwesens verursachten Schadens, so haftet der Staat für die Hälfte des entstandenen Verlustes, 1/4 zahlen die Steuerpflichtigen des Wahlkreises und 1/4 die Einwohner des Wahlkreises per Kopf (Strafe der Wähler).[1]

b) Solidarhaft.

Bei pflichtwidrigen Unterlassungen haften unstreitig sämtliche Mitglieder, welche zur Behandlung der Angelegenheit kompetent und im gegebenen Falle fähig waren.

Hervorzuheben sind ferner folgende Grundsätze:

1. Es haftet blos ein Mitglied des Kollegiums, z. B. der Vorsitzende oder der Referent, bei Verletzung einer demselben allein obliegenden Pflicht, z. B. falsche Protokollierung von Zeugenaussagen durch den Schriftführer, falsche Aktenmitteilungen durch den Referenten. Dasselbe gilt bei rechtswidriger Vornahme einer Funktion, welche gesetzmässig einem einzelnen Richter übertragen werden kann, z. B. die Zeugeneinvernahme, Abnahme eines Eides, durch einen „beauftragten" oder „ersuchten" Richter.

2. Es haften die sämtlichen Mitglieder, aber nicht das Kollegium als solches, wenn die schadenbringende Handlung ein Akt des Kollegiums selbst war. Es haften also alle einzelnen Mitglieder, welche an dem fehlerhaften Akte beteiligt waren. Daraus ergiebt sich die Konsequenz, dass für jeden Einzelnen der Beweis des Schuld- und Kausalzusammenhanges geführt werden muss und dass eine Haftung auch derjenigen ausgeschlossen ist, welche unentschuldigt der Sitzung nicht beigewohnt oder im ablehnenden Sinne ihre Stimme abgegeben haben.[2] Dieser

[1] Vergl. hiezu § 6 des Thurg. Einf.-Ges. zum B. G. über Schuldbetreibung und Konkurs.

[2] Vergl. d. Reichsgerichtl. Entscheid. in Zivilsachen, XXIX., 250, und § 141 des preuss. A. L. R., II., 10.

Widerspruch, welcher im Zweifelsfall nicht an die Oeffentlichkeit getreten ist, kann natürlich nur einredeweise geltend gemacht werden. Der Satz, dass in diesem Falle nur alle einzelnen Mitglieder und nicht das Kollegium selber haften sollen, hängt auch mit der Ansicht zusammen, welche einer Körperschaft die Möglichkeit einer Verschuldung abspricht. Obschon diese Ansicht mit Recht eine sehr bestrittene ist, so kommt man mit jenem Satze doch den Anforderungen der natürlichen Billigkeit am besten entgegen. Wer die Haftung eines Kollegiums als solches annimmt, muss dem unschuldigen Mitglied wenigstens ein Regressrecht gegenüber den schuldigen einräumen. Im übrigen ist in unserem Falle die Haftung eine solidarische.

In ähnlicher Weise regelt der zweite Satz des § 736 des deutschen bürgerl. Gesetzbuches folgenden Fall:

„Ist ein Beamter, welcher verpflichtet ist, einen andern zu der Geschäftsführung für einen Dritten zu bestellen, oder die einem andern für einen Dritten obliegende Geschäftsführung zu beaufsichtigen oder bei einer solchen Geschäftsführung durch Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung zu Rechtsgeschäften mitzuwirken, wegen Verletzung dieser Pflichten neben dem andern für den von dem letztern zugefügten Schaden verantwortlich, so finden die Vorschriften des § 713 entsprechende Anwendung.“ Beide haften hiernach als Gesamtschuldner dem Dritten; im Verhältnisse beider zueinander gilt jedoch der andere für allein verpflichtet, aber mit der Massgabe, dass der Beamte, wenn er vorsätzlich seine Amtspflicht verletzt hat, einen Ersatzanspruch gegen den andern nicht hat. Diese Bestimmung begreift den Fall nicht in sich, dass der Beamte selbst zu verwalten oder mitzuverwalten hat.

In der schweiz. Kantonalgesetzgebung ist im allgemeinen der Grundsatz der Solidarhaft bei doloser Schädigung festgehalten.

Zürich, P. G., § 423 und § 818.

Schaffhausen, P. R., §§ 362, 868, 875—877 für Vormundschaftsbehörden, wie auch

Thurgau, P. R., § 295.[1]

Zug, P. G., § 115, al. 2.

Obwalden, Vorm.-G., § 42, al. 2.

St. Gallen, Vorm.-G., Art. 2, al. 2.

Bei bewusster Pflichtwidrigkeit fällt auch die Rechtswohltat der Teilung (beneficium divisionis) weg, während, soweit eine solidarische Haftung bei bloser Nachlässigkeit in Betracht kommt, eine solche zulässig ist.

Für den Fall, dass einzelne Mitglieder dolos, die andern aber blos culpos handelten, so haften erstere primär, die letztern subsidiär mit der Einrede der Vorausklage.

Hingegen folgt daraus, dass die Mitglieder einer Behörde nach Aussen, gegenüber dem durch eine rechtswidrige Amtshandlung Geschädigten für den eingetretenen Schaden solidarisch zu haften haben, noch nicht, dass alle Mitglieder gleichmässig diese Handlung oder Unterlassung und den dadurch herbeigeführten Nachteil in Wirklichkeit verschuldet haben.[2] Im Gegenteil liegt die Möglichkeit nahe, dass ein Mitglied durch eine von ihm einzig zu verantwortende schuldhafte Handlung oder Unterlassung die übrigen Mitglieder zu einem unrichtigen Beschlusse verleitet haben kann. In einem solchen Falle würde es gegen das Rechtsgefühl verstossen, wollte man den Regress der nach Aussen hin solidarisch haftbaren Mitglieder gegen den mit

[1] Vergl. auch § 4.

[2] Vergl. l. 1, § 13, Dig. de tut. et re. d. 27. 3. „Et si forte quis ex facto alterius tutoris condemnatus praestiterit, vel ex communi gestu, nec ei mandatae sunt actiones; constitutum est . . . . . utilem actionem tutori adversus contutorem dandam.“ l. 2, C., de cont. jud. tut. 5, 58 (vergl. aber l. 1, § 14, Dig. de tut et re d. 27, 3, Si ex dolo communi conventus praestiterit tutor, neque mandandae sunt actiones neque utilis competit).

Bezug auf das zwischen ihnen nach Innen bestehende Verhältnis wirklichen Schuldigen ausschliessen.

Der Jahresbericht des aarg. Obergerichtes für die Jahre 1889 und 1890 erwähnt den Fall, wo eine Fertigungsbehörde bei einer Unterpfandsfertigung zu Gunsten eines Geldinstitutes für einen Bürger N., entgegen der damals noch in Kraft bestehenden Vorschrift des § 573 des A. G. B. eine gegen diesen Bürger betriebene Forderung, ihm weder überbunden noch auf andere Weise festgestellt hatte. — Der Schuldner N. kam in Konkurs und der Gläubiger, der mit seiner Forderung zu Verlust gekommen, belangte die Fertigungsbehörde auf dem Rechtswege. Die drei Mitglieder derselben wurden unter solidarischer Haftbarkeit verfällt, den betreffenden Gläubiger für seine Forderung samt Zinsen und Kosten zu befriedigen. Nachdem ein Mitglied dieser Fertigungsbehörde den auf dasselbe entfallenden Betrag bezahlt hatte, forderte es denselben klagend und mit der Begründung vom Gemeindeammann, als dem Vorsitzenden der Fertigungsbehörde, zurück, dass zwar alle drei Mitglieder des Gemeinderates dem Dritten gegenüber für den Schaden verantwortlich seien, dass aber der Gemeindeammann in Wirklichkeit den eingetretenen Schaden verursacht habe, resp. die Verantwortlichkeit dafür trage und demnach seinen frühern Amtsgenossen für den von ihnen vorläufig übernommenen Nachteil Ersatz zu leisten habe. Der Gemeindeammann hatte nämlich erklärt, dass die Aufbrauchssumme zur Tilgung der betriebenen Forderungen, darunter auch der im Streite liegenden, mehr als ausreichend sei, worauf die beiden andern Gemeinderatsmitglieder zur Fertigung Hand geboten.

Das Obergericht schützte, u. E. mit Recht, die Regressklage, weil die Mitglieder der Fertigungsbehörde auf Grund des bestimmt lautenden Berichtes des Gemeindeammanns, der mit der Berichterstattung beauftragt, auch die Persönlichkeit war, von welcher dieselbe am richtigsten verlangt

werden konnte, keine Pflicht mehr hatten, die in Frage stehende Prüfung noch selbst zu wiederholen und zu verifizieren und somit im Verhältnis zu ihrem Amtsgenossen und Vorsitzer aus der Unterlassung seiner bezüglichen Nachprüfung ein Vorwurf fahrlässigen Handelns gegen sie nicht abgeleitet werden konnte. (O. G. Urteil vom 10. Mai 1889).

Nach dem Verantwortlichkeitsgesetz des Kantons Freiburg vom 5. Oktober 1850, Abschnitt c (nun aufgehoben) hafteten die Mitglieder und Schreiber der Friedensgerichte als Vormundschaftsbehörde solidarisch für allen Verlust und Schaden, welcher in Vormundschafts-Angelegenheiten durch ihren Fehler oder ihre schwere Nachlässigkeit verursacht wurde, unter Vorbehalt des Rückgriffes auf den Urheber des Schadens. Diese Solidarität brachte nun zuweilen höchst unerwartete und unangenehme Folgen mit sich. So war beispielsweise ein Beisitzer für die Folgen eines Entscheides verantwortlich, an dem er sich in keiner Weise beteiligt und von dem er kein einziges Wort gehört hatte. Um sich aus der Verlegenheit zu ziehen, blieb ihm kein anderes Mittel übrig, als gegen den Urheber des Schadens einen Prozess anzuheben. Eine solche Solidarität war geradezu erschreckend und Ursache, dass mancher fähige Bürger die Stelle eines Waisenamtsmitgliedes ausschlug.[1]

Durch das Gesetz vom 16. Mai 1874 ward die Verantwortlichkeits-Solidarität nun nicht mehr konzentriert, sondern geteilt zwischen der Vormundschaftsbehörde, welche für die Ueberwachung der Vormundschaftsführung und für die in behördlicher Verwahrung liegenden Gelder u. s. w. verantwortlich ist, und den Vormündern, welche für ihre Administration einzustehen haben.

Mit Gesetz sodann vom 18. November 1885 wurde die solidarische Haftbarkeit der Mitglieder des Friedensgerichtes im Falle der Insolvenz eines von ihnen aufgehoben. Der

[1] Vergl. Rechenschaftsbericht des Staatsrates pro 1874. S. 37 u. 38.

Staat tritt an dessen Stelle ein, wobei ihm der Regress auf den Urheber des Schadens gewahrt bleibt.

In Bezug auf die Haftung der Mitglieder des Staatsrates macht auch Freiburg in den Art. 1—4 des Verantwortlichkeitsgesetzes dieselben nach folgenden Unterscheidungen verantwortlich:

Insgesamt sind die Mitglieder des Staatsrates verantwortlich für die vom Staatsrat ausgehenden und mit der Unterschrift des Präsidenten und des Kanzlers versehenen Entschliessung.

Von dieser Verantwortlichkeit ist entbunden

a) derjenige, dessen Abwesenheit erwiesen ist,

b) derjenige, welcher gegen den ergangenen Entscheid förmlich Verwahrung eingelegt hat.[1]

Uebereinstimmend Neuenburg, Art. 89—93, de la loi sur l'organisation du Conseil d'Etat.

Luzern bestimmt (im Hyp.-Ges., §§ 40 und 41) das Mass der Verantwortlichkeit der Behörden für den Hypothekarverkehr folgendermassen: „Die Errichter der Kopei oder des Aufsatzes haften solidarisch für zwei Dritteile, der Gerichtspräsident und der Gerichtsschreiber als Ausfertiger des Instrumentes ebenfalls solidarisch für einen Dritteil des Verlustes.

[1] Die Solidarhaft der Mitglieder des Staatsrates hat den Sinn, dass die Mitglieder des Staatsrates nach Aussen dem durch eine rechtswidrige Amtshandlung Geschädigten solidarisch zu haften haben. Daraus folgt aber nicht, dass alle Mitglieder des Staatsrates gleichmässig den verursachten Schaden in Wirklichkeit verschuldet haben. Den nach Aussen zwar solidarisch haftbaren Mitgliedern des Staatsrates steht daher der Regress gegen den oder die, mit Bezug auf das zwischen ihnen nach Innen bestehende Verhältnis, wirklich Schuldigen zu. (Vergl. Jahresbericht des aargauischen Obergerichtes von 1889 und 1890; Urteil vom 10. Mai 1889).

3. Richterliches Ermessen.

Dem Ermessen des Richters ist oft nicht blos die Feststellung des Umfanges der Schadensvergütung überlassen, sondern auch die Entscheidung anheimgestellt, wie die zusammenwirkenden Beamten den festgestellten Schaden zu vertreten haben, ob sie nämlich in solidum oder blos pro rata haften.

Baselstadt setzt im Vormundschaftsgesetz, § 75, fest, dass das Gericht vorkommenden Falles nach seinem Ermessen festzustellen habe, nach welchem Verhältnis der Schaden von dem einzelnen Mitglied der Vormundschaftsbehörde zu tragen ist und wie weit sie solidarisch haften. Eine ähnliche Bestimmung hat St. Gallen, Art. 66, al. 4. „Trifft in letzterem Falle (bei fahrlässiger Schädigung) die Verschuldung den Vormund und die Mitglieder des Waisenamtes, resp. des Gemeinderates, so hat der Richter nach den Umständen festzusetzen, in welchem Masse der Vormund, und in welchem die Mitglieder des Waisenamtes, resp. des Gemeinderates an der Schadensvergütung teilzunehmen haben".

§ 4. Der Schadensersatz-Anspruch.

1. Die Vererbung.

Der Anspruch des Geschädigten auf Schadenersatz geht wie die Verpflichtung des Ersatzpflichtigen nach Obligationenrecht sowohl als nach kantonalem Rechte unbeschränkt auf die Erben über.

Der Erbe des Beamten haftet nach heutigem Rechte weiter, als nach römischem Rechte der Erbe des mit der

Syndikatsklage zu belangenden Richters. Nach römischem Rechte war nämlich der Richter zu einer Stratsumme, nicht zum Schadenersatze im eigentlichen Sinne, verurteilt, weil der Klaggrund als Delikt, bezw. Quasidelikt aufgefasst wurde. Daher haftete der Erbe bei dolus gar nicht und bei imprudentia nur bis zum Betrage der durch das Quasidelikt an ihn gekommenen Bereicherung. Das gemeine Recht hat sich auch dem kanonischen Rechte [1] nicht angeschlossen,[2] da die unbedingte Haftung der Erben für Forderungsrechte aus Vergehen der Praxis zu hart erschien und blos die Haftung bis zum Betrage der Erbschaft recipierte.

Im Anschluss an die gemeinrechtlichen Lehren bestimmte Art. 76 des letzten Entwurfes des O. R. in dieser Beziehung, die Klage gehe auf die Erben des Geschädigten und die Verpflichtung zum Schadenersatz bis auf den Betrag der Erbschaft auf die Erben des Schädigers über. Der Nationalrat strich auf Antrag seiner Kommission (Bericht der nationalrätlichen Kommission, pag. 8) den Artikel, weil einerseits es sich von selbst verstehe, dass die Delikts- und Kontraktsschulden aktiv und passiv vererblich seien und man anderseits nicht in das Erbrecht eingreifen wollte.[3] Der Ständerat stimmte bei und so fiel der Artikel.[4] Dagegen ist es Sache der kantonalen Gesetzgebung, die Bedingungen zu normieren, unter welchen die Erben sich einer Haftung für allfälligen Passivenüberschuss entschlagen können; es wird ihnen das gemeiniglich zugelassene Beneficium inventarii genügenden Schutz gewähren.

[1] c. 5. X., de raptoribus 5. 17.

[2] Vergl. Savigny, System des heutigen röm. R., V., 51.

[3] Vergl. Schneider, Kommentar zum O. R., Art. 69., Ziff. 5.

[4] Vergl. auch Rossel, a. a. O., S. 111.

2. Verjährung.

Verschieden von dem Verwirktwerden (committi) der Schuldansprüche ist die Befreiung durch Zeitablauf. Eine Verwirkung kann nur die Folge einer für widerrechtlich geachteten Handlungsweise sein. In den kantonalen Rechtsquellen findet sich hierüber keine auf unsere Materie bezügliche Bestimmung, wohl aber enthalten die kantonalen Verantwortlichkeitsgesetze besondere Angaben über eine durch blosen Zeitablauf eintretende befreiende Verjährung.[1] Dadurch soll der Geschädigte veranlasst werden, innert verhältnismässig kurzer Zeit seine Verantwortlichkeitsklage gegen den Beamten gerichtlich anhängig zu machen. Die Berechnung des Fristenlaufes ist eine sehr verschiedene: absolut wird die Frist berechnet, wenn sie mit dem Tage des Eintrittes einer Schädigung zu laufen beginnt; relativ, wenn sie an den Eintritt einer weitern Tatsache geknüpft ist, z. B. Rechnungsablage, Entdeckung des Schadens, Zustimmung der Aufsichtsbehörde zur Klageerhebung. Es kommt auch vor, dass beide Arten der Berechnung neben einander gelten, wie z. B. in Art. 69 des schweizer. O.R.: „Der Anspruch auf Schadenersatz verjährt in einem Jahre von dem Tage hinweg, an welchem der Geschädigte Kenntnis von der Schädigung und der Person des Täters erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablaufe von 10 Jahren von dem Tage der Schädigung an gerechnet.“ Wird jedoch die Klage aus einer strafbaren Handlung hergeleitet,

[1] Wird die Einrede der Verjährung auch nur von einem der mehreren mitbeklagten Beamten als Glieder einer beklagten Behörde aufgeworfen, so muss sie dennoch in Betreff aller Beklagten vorab geprüft werden; denn ist dieselbe begründet, so hat der Richter auf eine Prüfung der ursprünglichen Begründetheit des klägerischen Anspruches überhaupt nicht mehr einzutreten, da diese Einrede eine peremtorische ist (vergl. E. B. G., IX., 384).

für welche das Strafrecht eine längere Verjährung vorschreibt, so gilt diese auch für den Zivilanspruch.“ Um den Beginn der Verjährungsfrist bei der relativen Berechnung nicht ungebührlich lang hinauszuschieben, ist in der Regel ausser der kürzern, relativ berechneten Frist auch die längere, absolut berechnete, festgehalten.

a) Absolute Berechnung.

In Baselland haftet die Schätzungskommission 10 Jahre lang für höchste Pünktlichkeit im Falle arglistiger Uebertreibung.

In Luzern haftet dieselbe 6 Jahre lang.

Im Thurgau haftet der Gemeinderat in dem Falle, wo er eine amtliche Schatzung vornimmt, 4 Jahre lang für das Kapital, zwei verfallene und den laufenden Zins.

Unter allen Umständen verjähren die Zivilansprüche des Staates oder Privaten in Obwalden (Art. 11, Ziff. 4) nach 5 Jahren vom Eintritt des Schadens an gerechnet: ebenso im Kanton Thurgau, § 37; Freiburg, Art. 8: Von der Verjährung sind ausgenommen alle Klagen, die sich auf Rechnungsirrtum gründen. Obwalden (Art. 11, Ziff. 5), Thurgau, § 38. In 10 Jahren dagegen nach dem Art. 12, V. G. des Kantons Schaffhausen.

In allen Fällen, wo eine besondere Regel über die Verjährungsfrist bei Schadenersatzansprüchen aus rechtswidrigen amtlichen Handlungen in den kantonalen Rechtsquellen nicht enthalten ist, gelten die allgemeinen Grundsätze über Verjährung der Schuldverhältnisse nach Art. 69, O. R.[1]

[1] Vergl. Art. 42 des Notariatsgesetzes des Kantons Wallis vom 4. März 1896.

b) Relative Berechnung.

Weitaus häufiger begegnen wir den Angaben über relative Berechnung der Verjährungsfrist. Dabei werden sehr verschiedene Gesichtspunkte geltend gemacht, indem die Frist der Verjährung zu laufen beginnt, bald von dem Moment der Kenntnis des Schadens, bald vom Zeitpunkt der Amtsberichterstattung oder Rechnungsablage oder der Beanstandung der Rechenschaftsablage, bald vom Moment der Eröffnung des Zivilweges durch die vorgesetzte Behörde des schädigenden Beamten, bezw. durch deren Schlussnahme der Klageerhebung oder vom Erlass eines Strafurteils. Oefters konkurrieren mehrere dieser erwähnten Momente im gleichen Gesetzesparagraph.

1. Vom Moment der Kenntnis des Schadens.

Bereits oben haben wir diesbezüglich auf die einjährige Frist des Art. 69, O. R., hingewiesen. Damit stimmt Art. 7 des eidgen. Betreibungs- und Konkursgesetzes betreffend Verantwortlichkeitsklagen gegen Betreibungs- und Konkursbeamte [1] überein.

In Schaffhausen verjähren die Zivilklagen gegen Beamte innert einem Jahre, nachdem der Geschädigte oder (im Falle einer Zivilklage des geschädigten Staates oder der geschädigten Gemeinde) die Behörde, welche über die Erhebung der Klage zu entscheiden hat, von der Schädigung Kenntnis erhalten. (Art. 10 und 11, V. G.) Ebenso Baselland (§ 30); Thurgau [2] (§ 36, Ziff. 1) nur bei Klagen der Privaten und Korporationen, gleichwie auch Tessin (Art. 25, § 1). Wallis giebt eine Frist von 2 Jahren (Art. 9), Obwalden 6 Monate (Art. 11, Ziff. 3), Solothurn nur 90 Tage (Art. 5), St. Gallen 1 Jahr, wenn es sich um

[1] Vergl. E. B. G. vom 22. Oktober 1897 in der Revue der Gerichtspraxis (Anhang der Z. Sch. R.) XVI., S. 71, Nr. 48.

[2] Bei dieser Verjährungsfrist wird aber die Zeit der Dauer eines Kriminalprozesses gegen den Beamten nicht berechnet (§ 36 in fine).

Verletzungen durch amtliche Vollzugsverrichtungen handelt, zum Unterschied von Verwaltungsverrichtungen [1] (Art. 6 u. 7).

2. Vom Moment der Rechnungsablage oder Berichterstattung des Beamten über die Amtshandlungen berechnet Bern eine Verjährungsfrist von einem Jahr, soferne es sich um Zivilansprüche des Staates handelt (§ 54, lit. a). Thurgau enthält die ganz gleiche Bestimmung (§ 35, lit. a), jedoch mit der sehr weisen Beschränkung: „sofern die (schädigende) Handlung aus dem Berichte oder der Rechnung klar zu ersehen war"; damit stimmt auch überein Obwalden (Art. 11, Ziff. 2, lit. b), während Freiburg (Art. 9, lit. a), Tessin (Art. 23, 1) und Waadt (Art. 30, lit. a) von dieser Beschränkung absehen.

In St. Gallen (Art. 6 und 7, V. G.) verjährt der Zivilanspruch aus schädigenden Verwaltungsverrichtungen,[2] soferne nicht besondere Gesetze hierüber etwas anderes vor-

---

[1] Als Ersatzklagen für Verwaltungsverrichtungen bezeichnet ein Urteil des Kantonsgerichtes vom 22. Oktober 1884 diejenigen, die aus dem Anstellungs- bezw. Mandatsverhältnis abgeleitet werden, welches zwischen den Verwaltungsbeamten oder Behörden und ihrer Wahlgemeinde oder Korporationen oder zwischen kantonalen Verwaltungsbeamten und dem Fiskus besteht. Sie gehen auf Ersatz für Schädigungen der dem Beamten zur Verwaltung anvertrauten Fiskal- oder Korporations-Interessen durch pflichtwidrige Ausübung des Mandates, bezw. der Verwaltung.

Ersatzklagen für Vollziehungsverrichtungen entstehen aus dem rein amtlichen Verkehr der Vollziehungsbeamten oder Behörden (Schuldentrieb, Konkursbeamtung u. drgl.) mit den vom Publikum für Schädigungen aus gesetzwidriger Verübung oder Unterlassung wirklich amtlicher Funktionen.

Als Verwaltungs- oder Vollziehungsverrichtungen gelten also nicht alle Funktionen, die eine Behörde oder ein Amtsmann auszuüben in den Fall kommt; speziell nicht diejenigen, die ein Beamter im privatrechtlichen Verkehr des Amtes als Kontrahent einem Gegenkontrahenten gegenüber zu verrichten hat. Vergl. Urteil des Kantonsgerichtes vom 22. Oktober 1884.

[2] Vergl. Anmerkung 1.

gesehen, 3 Monate nach Beanstandung der Rechnungsablage oder des Amtsberichtes von Seite der Prüfungsorgane. Ausgenommen von dieser Verjährung sind Ansprüche, die sich auf Rechnungsirrtum oder auf Schädigung aus Vorsatz gründen; ebenso Ersatzklagen aus solchen Schädigungen, welche zwar nicht vorsätzlich verübt, aber durch vorschrifts- oder übungswidrige Rechnungsstellung, Berichterstattung, oder Protokollierung oder durch gesetzwidrige Mittel anderer Art den zuständigen Aufsichts- oder Kontrollorganen oder dem Geschädigten vorsätzlich verheimlicht worden sind.[1]

3. Vom Moment der Eröffnung des Zivilweges durch die vorgesetzten Behörden.

Bern gewährt (§ 54) für die Geltendmachung von Zivilansprüchen des Staates gegen fehlbare Beamte, Behörden und Angestellte eine Frist von 6 Monaten vom Tage der Anerkennung der Verletzung der Amtspflichten und der Erklärung der Verantwortlichkeit für die Zivilfolgen nach § 26, 28 oder 40, sofern der Streit in der Zwischenzeit nicht angehoben worden ist. Ebenso Thurgau, § 35 b.

Gegen dritte Personen haftet jedoch der Staat Bern für fehlbare Behörden oder Beamte nur solange, als er selbst auf diese zurückgreifen kann. Diese Vorschrift, sowie die damit im Zusammenhang stehenden Bestimmungen über die Verjährung der Ansprüche des Staates gegen Behörden und Beamte haben nach einem Urteil des bernischen Appellationshofes in Sachen Rösti contra Staat Bern[2] offenbar nur den Fall im Auge, wo der Staat direkt gegen eine

[1] Vergl. Entscheid des st. gallischen Regierungsrates vom 20. Sept. 1895 in der Schadenersatzklage des Kirchenverwaltungsrates X. gegen eine Anzahl früherer Mitglieder des Kirchenverwaltungsrates bezw. deren Erben betreffend Schädigung des Pfarrpfrundfondes.

[2] Z. B., Bd. XIX., S. 76.

Behörde oder einen Beamten klagend auftritt und direkt von dem Verletzten auf Schadenersatz belangt wird. Wenn es sich also um einen blossen Rückgriff des Staates auf den Fehlbaren oder des Beschädigten auf den Staat handelt, greifen die gewöhnlichen Bestimmungen über die Anspruchsverjährungen Platz und eine Berufung auf § 54 des Verantwortlichkeitsgesetzes ist nicht zulässig. Die in § 54. lit. b, vorgesehene sechsmonatliche Frist beginnt erst von dem Tage an zu laufen, wo die geschädigte Person Kenntnis davon erhalten, dass ein Schaden eintreten und warum derselbe bestehen werde, da ja erst von diesem Zeitpunkte an es ihr möglich gemacht wird, ihre Rechte gegenüber dem Staat zu wahren.[1]

Im Kanton Schaffhausen verjähren alle Zivilansprüche des Staates, der Gemeinden und der Privaten aus rechtswidrigen Amtshandlungen nach 6 Monaten von der Schlussnahme und Erhebung der Klage an gerechnet.

Thurgau gewährt für die Geltendmachung solcher Ansprüche der Privaten und Korporationen nur 3 Monate Frist, nachdem die Aufsichtsbehörde ihre Zustimmung zur Klageerhebung erteilt oder verweigert hat (Art. 36, Ziff. 2); für Zivilansprüche des Staates und der Gemeinden hingegen ist diese Frist auf 6 Monate ausgedehnt.

In St. Gallen beträgt die Verjährungsfrist bei Verwaltungshandlungen,[2] worüber der Regierungsrat sich ausgesprochen, 3 Monate (Art. 5 und 7).

In Solothurn erlischt der Klageanspruch gegen Amtsgerichtspräsidenten, Amtsrichter, Oberamtmann, Amts- und Gerichtsschreiber 14 Tage nach der durch das Obergericht erfolgten Bezeichnung eines Gerichtes zur Klageerhebung[3] (§ 6).

---

[1] Vergl. dieselbe Zeitschrift, XV., 322; XVII., 301.

[2] Siehe Seite 147. Anm. 1.

[3] Nach Art. 5. V. G., muss die bezügl. Anzeige an das Obergericht 90 Tage nach Kenntnisnahme des Schadens erfolgt sein.

4. Vom Moment der Fällung eines Strafurteils.

In Schaffhausen verjähren in dem Falle, wo gleichzeitig eine Strafklage erhoben wurde, drei Monate nach gefälltem rechtskräftigem Strafurteil alle Zivilansprüche des Staates oder der Parteien gegen den fehlbaren Beamten (Art. 10).

3. Befreiung durch Genehmigung der Geschäftsführung.

Für den Beamten soll die Genehmigung seiner Geschäftsführung durch obere staatliche Organe eine Garantie dafür sein, dass seine zivilrechtliche Verantwortlichkeit — die Fälle der durch strafbare Handlungen bedingten Haftbarkeit vorbehalten — nicht mehr zur Erörterung gebracht werden kann.

Bern, § 53, Obwalden, Art. 11, Ziff. 2, lit. a, Baselland, § 29, Thurgau, § 34, statuieren grundsätzlich: „Eine Zivilklage des Staates gegen Behörden, Beamte oder Angestellte wegen Schadens, der in Amtshandlungen seinen Grund hat, ist nicht mehr zulässig, wenn die Behörde, der Beamte oder Angestellte über die zu Grunde liegenden Verhandlungen Rechnung abgelegt oder Bericht erstattet und der Bericht oder die Rechnung die Genehmigung der zuständigen Behörde erhalten hat.[1] Ohne eine Entlastung, wie sie in der vorbehaltlosen und verdankenden Abnahme der Rechnung oder Bericht liegt, würden die Behörden und Beamten niemals zum Gefühle ihrer Rechtssicherheit gelangen können. Es ist kaum denkbar, dass nicht hie und da bei einer umfassenden Verwaltung einzelne Verstösse und Missgriffe gemacht werden, die möglicherweise ein fortwährend sorgfältiger Mann hätte vermeiden können.

[1] Vergl. Art. 16 des Gesetzes betreffend Verantwortlichkeit der Mitglieder des st. gallischen Regierungsrates vom 24. Mai 1833.

Oder man denke z. B. an den Fall, dass ein Beamter bei schweren Erkrankungen von Angehörigen in der allgemeinen Unruhe und Beängstigung die rechtzeitige Vornahme einer Amtshandlung versäumt hat, infolgedessen einem Dritten ein Vermögensschaden erwachsen ist. Pflichtwidrig hat derselbe zweifellos gehandelt, da der gedachte Umstand allein ihn nicht entschuldigen kann. Aber verdient ein solcher Beamter wirklich, dass ihm seine, im Laufe der Jahre mühsam erworbenen Ersparnisse genommen werden, ihm, der vielleicht während seiner ganzen Dienstzeit dem Staate die treuesten und aufopferndsten Dienste gegen bescheidenes Einkommen geleistet hat?

Damit also Behörden und Beamte nicht auf Jahre hinaus verantwortlich gemacht werden können, bestehen Jahresrechnung und Jahresberichte. Indem die obern staatlichen Organe dieselben gutheissen, genehmigen sie die gesamte darin enthaltene Geschäftsführung des vorigen Jahres und entlasten Beamte und Behörden der weiteren Verantwortlichkeit für die Zukunft.

Bei den periodischen Wahlerneuerungen tritt sehr häufig eine Veränderung in den Personen der Behörden ein und es findet infolgedessen auch eine Uebergabe und Uebernahme der betreffenden Verwaltung (z. B. Gemeindevermögen etc.) statt. Durch die Tatsache dieser Uebergabe und Uebernahme allein wird jedoch nicht die Verantwortlichkeit auf die neue Behörde abgewälzt; auf diese geht nur die gesetzliche Pflicht der fernern Fürsorge über.[1]

Das st. gallische Verantwortlichkeitsgesetz (Art. 6) knüpft bei Verwaltungsverrichtungen an die blosse Tatsache der vorbehaltlosen Genehmigung von Bericht und Rechnung durch die Prüfungsbehörde den Untergang des Schadenersatzanspruches, ohne Rücksicht darauf, ob die Prüfungs-

[1] Entsch. des aargauischen Obergerichtes vom 18. August 1854 bei F. Schneider, Entscheid. des aarg. Oberg., Aarau 1887, S. 305.

behörde von dem Details der Geschäftsführung Kenntnis nahm, ja, ob sie eine eigene Prüfung überhaupt vornahm oder vielleicht dieselbe im Vertrauen auf die Pflichttreue der berichterstattenden Stelle gänzlich unterliess; es beschränkt auch seine Wirkung nicht auf diejenigen Geschäfte, von denen im Bericht der Rechnung speziell die Rede ist, sondern erstreckt sich auf alle einzelnen Verwaltungsverrichtungen, auf welche die Rechenschaftsablage sich überhaupt bezieht, mögen auch dieselben im Bericht der Rechnung nicht besonders erwähnt sein.[1] Dies folgt unmittelbar aus dem allgemeinen Wortlaute des Gesetzes (vergleiche die Worte: „denen die Untersuchung und Genehmigung oblag") und ist übrigens auch von der Praxis anerkannt worden.[2]

---

[1] Es stellt somit das Gesetz nicht etwa eine blosse Rechtsvermutung für eine implicita ratihabitio auf, gegen welche der Gegenbeweis zulässig wäre, dass die Prüfungsbehörde von der angefochtenen Handlung bei der Gutheissung keine Kenntnis hatte.

[2] Vergl. den S. 148, Anm. 1, zitierten Entscheid des Regierungsrates. Im Jahre 1892 ist ein dem Pfarrpfrundfond von X. angehörender Versicherungsbrief de Fr. 4600.—, auf der Liegenschaft K. haftend, nachdem die Kirchenverwaltung sich vergeblich bemüht hatte, zur grösseren Sicherheit Bürgschaft zu erhalten, von ihr dem Titelschuldner gekündigt worden. Bei der schuldentriebrechtl. Exekution sah sich die Kirchenverwaltung genötigt, das Unterpfand um Fr. 4000.— an sich zu ziehen: sie kam demnach, eingerechnet Zinsenverlust etc., mit Fr. 770.15 zu Verlust. Im gleichen Jahre wurden zwei weitere auf der Liegenschaft L. haftende Titel im Betrage von Fr. 1000.— und Fr. 200.— gekündigt, wobei auf der betreibungsrechtl. Steigerung für die Kirchenpflegschaft ein Verlust von Fr. 310.95 sich ergab. Am 14. Okt. 1894 beauftragte die Kirchgenossenversammlung X. den inzwischen neu bestellten Kirchenverwaltungsrat, gegen eine Anzahl früherer Mitglieder dieser Behörde, bezw. deren Erben, eine Schadenersatzklage einzuleiten. Der Regierungsrat gestattete die Klageerhebung nur unter der Bedingung der Leistung einer Prozesskaution und betonte, dass die Beklagten sich mit Recht auf die Befreiung durch Genehmigung der Rechnungen berufen. Der Umstand, dass „die sämtlichen Rechnungen aus den in Betracht fallenden Jahren, in welchen die betreffenden Titel erworben, bezw. voll belehnt worden, von der Rechnungskommission

Hingegen tritt nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die in Art. 6, leg. cit., statuierte Lösung des Schuldverhältnisses nicht ein, bezw. kann die durch Einrede geltend gemachte Befreiung durch die replica doli vom Kläger zurückgeschlagen werden, wenn die Prüfungsbehörde durch arglistige Handlungen des rechnungspflichtigen Beamten eingeführt wurde, d. h. wenn ihr gewisse, ursprünglich vielleicht nicht absichtlich rechtswidrige Verwaltungshandlungen durch arglistige Veranstaltungen entweder gänzlich verheimlicht oder entstellt zur Kenntnis gebracht wurden.[1]

Die befreiende Wirkung der gemeindlichen Rechnungsgenehmigung hat auch das Zuger Kantonsgericht im Prozesse der Bürgergemeinde Hünenberg gegen den dortigen Bürgerrat anerkannt.[2]

Auf dem nämlichen Grundgedanken beruht die Entscheidung des thurgauischen Obergerichtes vom 27. April 1880, wonach die Vormundschaftsbehörde gegenüber den unter ihrer Vormundschaft Gestandenen so lange haftbar bleibt, bis sie in rechtsgiltiger Weise die Verwaltung abgetreten und das Vermögen gemäss §§ 325—327 des privatrechtlichen Gesetzbuches tradiert hat.[3]

---

jeweilen geprüft und von den Kirchgenossenversammlungen ohne Anstand unverändert genehmigt worden, überhaupt eine Reklamation erst stattfand, nachdem die Liquidation einen Schaden ausgewiesen hatte", so sei die beklagtische Einrede begründet.

[1] Vergl. Urteil des Bundesgerichtes vom 20. September 1883 i. S. Fiskus des Kantons St. Gallen gegen Präsident Wirth-Sand und Konsorten. B. IX., p. 372 ff.

[2] Vergl. Rechenschaftsbericht des Zuger Obergerichtes vom Jahre 1884, S. 31 ff.

[3] Rechenschaftsbericht des thurgauischen Obergerichtes vom Jahre 1880, S. 25. Ein Waisenamt hatte unterlassen, beim Zeitpunkte der Volljährigkeit des Mündels für rechtzeitige Uebergabe des Vermögens Sorge zu tragen. Der Notar kassierte in unbefugter Weise den Schuldbrief, aus dem hauptsächlich das Vermögen bestand, und als er starb und über seine Verlassenschaft der Konkurs ausbrach, machte der

4. Sonstige Befreiungsgründe.

In Tessin (Art. 23), Freiburg (Art. 9) und Waadt (Art. 30, lit. c) geht der Zivilanspruch des Staates auch dann unter, wenn die schädigende Amtshandlung im Grossen Rate Anlass zu Tadel gegeben, ohne dass der Grosse Rat deshalb aber die Einleitung einer Klage angeordnet hätte.

Der Schadenersatzanspruch des Staates in den beiden letztgenannten Kantonen geht auch unter in dem Falle, wo der Grosse Rat von einem gegen ein Mitglied des Staatsrates ergangenen Strafurteil zwar Kenntnis genommen, aber die Zivilklage nicht eingeleitet hat.

Das waadtländische Verantwortlichkeitsgesetz lässt eine Klage des Staates gegenüber dem Staatsrat auch dann erlöschen: „lorsque l'acte qui donne lieu à l'action en dommages intérêts n'a figuré ni dans les comptes, ni dans le rapport sur la gestion, ni dans l'examen et la discussion de ces deux documents".

Damit stimmt Art. 23, Ziff. 4, des tessinischen V.G. überein.

Mündel ihn erst in diesem Konkurse geltend und belangte für den Verlust das Waisenamt und die Amtsbürgen des Notars. Das Waisenamt wollte behaupten, dass seine Verantwortlichkeit nur bis zum Zeitpunkt der Volljährigkeit des Mündels daure.

II. Abschnitt.

Formellrechtlicher Teil.

Die zivilrechtliche Verfolgbarkeit der Beamten aus rechtswidrigen Amtshandlungen.

§ 1. Die allgemeinen historischen Grundlagen.

Das römische Recht hat den Grundsatz der freien Verfolgbarkeit des Beamten ohne Einschränkung anerkannt; es hat dem Beamten gegenüber dem Privaten keine Ausnahmestellung, weder eine erschwerte noch eine erleichterte, gegeben.

Die Gefahr, welche für den Rechtsschutz des Privatmanns gegen den höheren Beamten in dem Grundsatze lag, dass der Magistrat nur bei einem par majorve magistratus verklagt werden konnte, wurde paralysiert durch das tribunizische Recht, jeden Beamten in Strafe zu nehmen und zu verhaften. Wenn der untere Beamte erst nach Niederlegung seines Amtes zur Verantwortung gezogen wurde, scheint dies mehr in der allgemeinen Uebung, als im zwingenden Rechte begründet gewesen zu sein.[1]

Im Rechte des alten deutschen Reiches war der Grundsatz der unbehinderten Verfolgbarkeit der Beamten, ja der höchsten Obrigkeit, des Landesherrn, des Kaisers, zu noch entschiedener Anerkennung gelangt.[2]

Auch dem englischen Rechte war jenes System zu allen Zeiten unbekannt geblieben, welches zur Verfolgung eines Beamten die vorgängige Erlaubnis einer Verwaltungsbehörde verlangt. Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit beruht auf dem Grundsatz, dass die Obrigkeit, soweit sie formell die Grenzen ihrer Jurisdiktion überschreitet, als

[1] Mommsen, Römisches Staatsrecht, I., S. 679 und 680.

[2] Freund, a. a. O., S. 387, und die dort zitierten Autoren.

Privatmann handelt und demgemäss eine Schadenersatzklage wegen Vermögensbeschädigung begründet.[1]

Einen prinzipiellen Wandel der Anschauungen bewirkte erst die Montesquieu'sche Theorie von der Trennung der Gewalten. Durch das Gesetz vom 24. Aug. 1790 wurde in Frankreich eine grundsätzliche Scheidung zwischen Justiz und Verwaltung versucht und eine darauf gegründete Trennung der Behörden bis in die unterste Instanz durchgeführt. Der neue Grundsatz, dass die „liberté politique" des Bürgers bedingt sei durch die selbständige Aktion der gesetzgebenden, vollziehenden und richterlichen Gewalt, welche vermöge des stetigen Kampfes unter denselben (vermöge des „se contrebalancer") die willkürliche Herrschaft einer einzelnen von diesen Gewalten hindert und so die Macht der Regierung zu Gunsten der Rechtsstellung des Staatsbürgers eindämmt, — dieser neue Grundsatz zog eine feste Grenze zwischen den Gerichten und Verwaltungsorganen.[2] Diese aus dem System der Gewaltentrennung hervorgegangene sogenannte Sebstständigkeit der Verwaltung bedeutete die vollständige Verdrängung der Gerichte von dem Gebiete des Verwaltungsrechtes. „Les juges ne peuvent pas troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions." [3]

---

[1] Gneist, das heutige englische Verwaltungsrecht. Bd. II., S. 705.

[2] Freund, a. a. O., S. 388.

[3] Art. 13 des Gesetzes vom 16./24. August 1790. Folgerichtig wird die Zuständigkeit der Gerichte überall ausgeschlossen, wo die Aufhebung eines Verwaltungsaktes durch Richterspruch verlangt wird, da hierdurch nach der französischen Auffassung in die Befugnisse der Verwaltungsorgane eingegriffen würde. Wenn aber ein Verwaltungsakt vorliegt, mit welchem die schädigende Handlung des Beamten im Zusammenhang steht, indessen die Handlung sich selbständig von jenem Akt ablöst, so dass sie dem Gerichte greifbar wird, ohne den Verwaltungsakt zu berühren, so kann eine solche Handlung als persönliche Handlung (fait personnel) zivilrechtlich eingeklagt werden.

So sanktionierten denn die Gesetze, welche zuerst das Prinzip der „séparation des pouvoirs“ aufstellten, zugleich den Grundsatz, es solle kein Verwaltungsbeamter in Sachen seiner Amtsobliegenheiten vor die Gerichte gezogen werden dürfen, es sei denn auf die Weisung der höhern Verwaltungsbeamten selbst.

Den Schlussstein der Entwicklung bildet der Art. 75 der Constitution vom 22. Frimaire VIII, welcher als Voraussetzung der gerichtlichen Verfolgung eines „agent du gouvernement“ wegen „faits relatifs à ses fonctions“ die vorherige Genehmigung durch den Staatsrat erfordert.[1] Ausgenommen von der Geltung des Art. 75 sind deshalb alle richterlichen Beamten, weil das Prinzip der Trennung der Gewalten dadurch nicht verletzt wird, dass ein Justizbeamter vor den Justizbehörden frei verfolgbar ist.

Der gedachte Art. 75 sollte als Ausfluss der Trennung der Gewalten die Garantie der bürgerlichen Freiheit enthalten, in Wirklichkeit aber gefährdete er geradezu das Recht des Einzelnen, durch die exorbitante Befugnis des pouvoir exécutif, die gerichtliche Verfolgung seiner Organe nach freiem Ermessen zuzulassen oder zu versagen. Was war natürlicher, als dass diese Konsequenz der Montesquieu'schen Lehre seitens der Liberalen selbst unter dem Drucke der berüchtigten Restaurationsepoche die heftigsten Angriffe erfuhr! Unter Louis Philipp wurde im Jahre 1835 ein Gesetzentwurf vorgelegt, welcher mit dem Privilegium der Beamten aus Art. 75, leg. cit., aufräumen wollte. Der Entwurf wurde nicht zum Gesetz und die Geltung der

[1] Afin de mieux assurer la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire, le legislateur ne permet que les agents du Gouvernement soient poursuivis devant les tribunaux ordinaires sans l'autorisation préalable de l'autorité administrative, ordinairement sans la permission du Conseil d'Etat. Batbie, Précis du cours de droit public. S. 737.

so viel angefochtenen „garantie constitutionelle“, wie das Beamtenprivilegium genannt wurde, blieb unbezweifelt, bis durch Dekret der Regierung der nationalen Verteidigung vom 19. September 1870, Art. 75, für Frankreich aufgehoben wurde.[1]

Die preussische Reformgesetzgebung vom Jahre 1808 nahm im wesentlichen die Scheidung zwischen Justiz und Verwaltung auf, doch blieb deshalb die zivilrechtliche Verfolgung der Beamten unberührt. Erst im Jahre 1842 bestimmte ein Gesetz „über die Zulässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen“, dass der Zivilrechtsweg gegen einen Polizeibeamten erst dann offen stünde, wenn die von ihm ausgegangene Amtshandlung im Wege der Beschwerde als gesetzwidrig oder unzulässig aufgehoben wäre. Die Ereignisse des Jahres 1848 durchbrachen diese Rechtsentwicklung und drängten zu einer Befestigung des gerichtlichen Schutzes gegen ungesetzlich handelnde Beamte. So bestimmte die Verfassungsurkunde vom 5. Dez. 1848: „Es ist keine vorgängige Genehmigung der Behörden nötig, um öffentliche Zivil- oder Militärbeamte wegen der durch Ueberschreitung ihrer Amtsbefugnisse verübten Rechtsverletzungen gerichtlich zu belangen.“ Man verliess aber diesen Standpunkt mit dem Konfliktsgesetz vom 13. Februar 1854, wodurch die Erhebung der Zivilklage gegen einen Zivil- oder Militärbeamten von der Genehmigung des Kompetenzgerichtes abhängig gemacht wurde, dergestalt, dass dasselbe nicht nur über die Frage, ob der Beamte eine Amtsverletzung begangen habe, sondern auch über die weitere Frage, ob im konkreten Falle die Eröffnung des Rechtsweges angezeigt erscheine, zu entscheiden hatte. Hiemit war das französische System des Art. 75 der Konstitution vom Jahre VIII erreicht, im wesentlichen unter der einzigen Abänderung, dass hier die Vorentschei-

[1] Freund, a. a. O., S. 389.

dung unbedingt, im preussischen Rechte dagegen nur auf Verlangen der vorgesetzten Behörde erfordert wurde.

Unter den deutschen Rechtsgebieten erhielt Art. 75 der Konstitution vom Jahre VIII in Elsass-Lothringen, Rheinbaiern und Rheinhessen gesetzliche Geltung. Baden, Hessen und Baiern, die beiden letztern Länder für die nichtrheinischen Gebiete, haben Nachbildungen des Art. 75 geschaffen. Dabei war jedoch — was wohl zu beachten ist — nicht sowohl das Prinzip der Trennung von Justiz und Verwaltung, als vielmehr der Gesichtspunkt massgebend, dass der Beamte gegen vexatorische Verfolgungen geschützt werden müsse. In den deutschrechtlichen Nachbildungen des französischen Gesetzes war mithin die Zuständigkeit der Gerichte für die Frage der Beamtenverfolgung nicht in Zweifel gezogen worden, wie dies in dem originalen Art. 75 geschehen. „Es ist sehr beachtenswert", schreibt Freund, [1] „dass die diametral entgegengesetzten Ausgangspunkte des französischen und preussischen Rechtes, der Schutz der bürgerlichen Freiheit gegen den Druck der Regierung einerseits und der Schutz der Beamten gegen die Leidenschaften des Unterthans anderseits zu der nämlichen Rechtsinstitution geführt haben."

Als an die neue deutsche Reichsgesetzgebung die Aufgabe herantrat, die Rechtsverhältnisse der Rechtsbeamten gesetzlich zu normieren, bildete unter den Faktoren der Rechtsjustizgesetzgebung die Frage Gegenstand lebhafter Kontroverse, ob und inwieweit die gerichtliche Verfolgung öffentlicher Beamter an die Vorentscheidung einer nicht richterlichen Behörde gebunden werden dürfe.

Der Reichstag stellte sich bezüglich der Reichsbeamten konsequent auf den Standpunkt, dass mit dem Grundsatze des § 13 von der Verantwortlichkeit der Reichsbeamten diejenigen Partikulargesetze unverträglich seien, welche die

[1] a. a. O., S. 390.

Verfolgbarkeit des Beamten von der willkürlichen Entscheidung der Verwaltungsbehörde abhängig machen. Die Reichsgesetzgebung hat indes doch eine Ausnahme geduldet. Sie hat nämlich die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt gelassen, durch welche die zivilrechtliche Verfolgung öffentlicher Beamter wegen der in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung ihres Amtes vorgenommenen Handlungen — entweder im Falle des Verlangens einer vorgesetzten Behörde oder unbedingt — an die Vorentscheidung einer besonderen Behörde gebunden ist. Durch diese Vorentscheidung ist festzustellen, ob der Beamte sich einer Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht habe. Fällt diese Vorentscheidung im verneinenden Sinne aus, so ist die Beschreitung des Rechtsweges im zivilprozessualischen Verfahren abgeschnitten; fällt die Vorentscheidung bejahend aus, so hat dies keine weitere Wirkung, als dass eine Vorbedingung für die Eröffnung des Prozesses erfüllt ist; für das in diesem Prozesse urteilende Gericht ist jene Vorentscheidung nicht bindend. Um jedoch eine Bürgschaft zu geben, dass die Vorentscheidung nicht nach Willkür gefällt und zur Versagung des Rechtsweges missbraucht werde, hat das Reichsgesetz die Vorschrift erteilt, dass in den Bundesstaaten, in welchen ein oberster Verwaltungsgerichtshof besteht, die Vorentscheidung diesem, in den andern Bundesstaaten dem Reichsgerichte zusteht.

Für die Landesrechte, welche das Beamtenprivileg hatten, wollte man den schon erwähnten politischen Gesichtspunkt, dass die Energie der Verwaltung einen stärkern Schutz des Beamten gegen vexatorische Verfolgungen notwendig mache, als ihn die allgemeinen Regeln der Gerichtsverfassung bieten könnten, nicht aufgeben. Durch die in die Hand der höchsten Gerichtshöfe gelegte Vorentscheidung glaubte man zugleich jenem Momente Rechnung zu tragen

und der Herbeiführung einer Rechtseinheit in dem so schwierigen Gebiete der Beamtenverantwortlichkeit Vorschub zu leisten. Die bisherige Befugnis der Verantwortungsbehörden, nicht nur den Tatbestand der Amtsverletzung, sondern auch über die Opportunität der gerichtlichen Verfolgung zu entscheiden, musste dabei notwendig beseitigt werden, um nicht jeden Rechtsschutz gegen den Beamten weiterhin illusorisch zu machen. Deshalb beschränkte man einmal die Vorentscheidung auf die Frage der Verletzung der Amtspflichten und betraute ferner mit derselben nur die mit den richterlichen Garantien ausgestatteten Verwaltungsgerichte, in deren Ermangelung aber das Reichsgericht.

Das bürgerl. Gesetzbuch für das deutsche Reich hat durch die Bestimmung des Art. 736 die landes- und reichsgesetzlichen Vorschriften unberührt gelassen, durch welche der Anspruch auf Schadenersatz wegen Verletzung der Amtspflicht an die Vorentscheidung einer besondern Behörde darüber gebunden ist, ob der Beamte sich einer Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht.

Freund giebt folgende Zusammenstellung der deutschen Landesrechte, welche die gerichtliche Verfolgbarkeit der Beamten an das Erfordernis der Vorentscheidung geknüpft haben:

„Eine Vorentscheidung für zivilrechtliche Verfolgung von Beamten ist unbedingt nur im Rechte der baierischen Pfalz erforderlich; in Preussen und Elsass-Lothringen auf Verlangen der vorgesetzten Behörde, in Baden und Rheinhessen auf Verlangen des vorgesetzten Ministeriums. Im Königreich Baiern mit Ausnahme der Pfalz, in Württemberg, Sachsen und den übrigen deutschen Bundesstaaten ist die zivilrechtliche Verfolgung der Beamten an keine besondern Bedingungen geknüpft. Bezüglich der richterlichen Beamten ist in Preussen, Rheinbaiern und Elsass-

Lothringen die zivilrechtliche Verfolgung von der landesgesetzlichen Beschränkung frei. Im nichtrheinischen Hessen ist auch die Verfolgung der richterlichen Beamten durch eine Vorentscheidung bedingt.[1]

§ 2. Die zivilrechtliche Verfolgbarkeit der Beamten nach schweizerischem Rechte.

An der Jahresversammlung des schweizerischen Juristenvereins in Neuenburg vom Jahre 1888 hat Ziegler in seinem mehrerwähnten Referate die These vertreten:

„Die Zivilklage gegen einen Beamten als solchen ist an ein Vorprüfungsverfahren durch eine Administrativbehörde gebunden; diese hat jedoch nur die Frage der Verletzung der Amtspflicht (des Verschuldens) zum Gegenstand.“[2]

Ein solches Vorprüfungsverfahren findet sich in der Tat im Bundesgesetze über die Verantwortlichkeit der eidgen. Behörden und Beamten vom Jahre 1850 und in mehreren kantonalen Rechten.

1. Das erwähnte Bundesgesetz hat nach dem Vorbild des französischen Rechtes die Klage gegen die Mitglieder aller eidgen. Behörden und Beamten an ein ziemlich kompliziertes Vorverfahren gebunden. Es kann keine Klage gegen eidgen. Beamte stattfinden, bevor deren vorgesetzte Behörde sie verantwortlich oder nicht verantwortlich erklärt hat. Es geschieht dies:

a) Bezüglich der von der Bundesversammlung gewählten Behörden und Beamten (also auch der Mitglieder des

[1] Freund. a. a. O., S. 422.

[2] Ziegler. a. a. O., S. 362.

Bundesgerichtes) durch die vereinigte Bundesversammlung und zwar nach vorausgängigem Disziplinar-Untersuche durch eine von jeder Behörde durch das Los bestellte Untersuchskommission;

b) bezüglich aller übrigen eidgen. Beamten durch den Bundesrat.

Der Entscheid geht dahin: es findet eine Klage gegen den verzeigten Beamten statt oder nicht statt.

Im erstern Falle wird die Klage zur Behandlung an das Bundesgericht gewiesen.

Im andern Falle ist das Verfahren ein verschiedenes: Die höheren Beamten sind nicht mehr weiter verfolgbar, die Eidgenossenschaft tritt für den Beamten ein und der Kläger kann nun direkt den Fiskus einklagen.

Die vom Bundesrate gewählten Beamten dagegen können trotzdem belangt werden, aber der Kläger hat zuvor eine von dem Bundesgerichte zu bestimmende Prozesskaution zu erlegen.

Hiernach erscheint die zivilrechtliche Verfolgung von eidgen. Beamten wegen amtlichen Handlungen von einer vorgängigen Entscheidung der Bundesversammlung oder des Bundesrates bedingt.

Die Energie dieser Vorschrift liegt darin, dass, wenn bei den Bundesbehörden, der gerichtlichen Verfolgung vorgängig, die Verantwortungserklärung nicht nachgesucht wurde, die Einrede der fehlenden Autorisation unverzichtbar ist, d. h. das im Prozess urteilende Gericht von der Unzulässigkeit der Klage auszugehen hat.

Der Grundsatz der materiell rechtlichen Verantwortlichkeit wird dadurch nicht aufgehoben, dass für seine formellrechtliche Verwirklichung, d. h. für die gerichtliche Verfolgbarkeit des Beamten gewisse Bedingungen vorgeschrieben sind, in concreto, dass eine Zivilklage gegen eidgenössische Beamte nur stattfinden könne, wenn Bundes-

versammlung oder Bundesrat sie verantwortlich oder nicht verantwortlich erklärt habe; ja, diese formellen Bedingungen bedeuten nicht einmal eine Einschränkung der materiellen Verantwortlichkeit, sondern nur eine Erschwerung ihrer praktischen Verwirklichung. Die administrative Vorentscheidung hat daher lediglich den Charakter einer Ermächtigung zur gerichtlichen Verfolgung, deren Erteilung durch die Rücksichten auf das öffentliche Interesse, d. h. eines dem Beamten zu gewährenden Schutzes gegen leichtfertige Klagen bestimmt wird. Die Leidenschaften des Staatsbürgers, welcher sich durch die Amtshandlung eines Beamten in seinen Rechten verletzt glaubt und daher auf Genugtuung drängt, sollen aufgehalten werden durch die Notwendigkeit der Vorentscheidung der Oberbehörde über die Frage, ob dem Beamten eine die gerichtliche Verfolgung begründende Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse oder Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung zur Last falle.

2. Wie der Bund für die eidgen. Beamten, so haben auch manche kantonale Rechte die Rechtsverfolgung ihrer Beamten an den Vorentscheid einer nicht richterlichen Behörde geknüpft. Dabei ist derselbe Gesichtspunkt massgebend, dass nämlich die Energie der Verwaltung einen besondern Schutz des Beamten gegen vexatorische Klagen erheische.

Bevor eine Zivilklage geführt werden darf, muss beim Regierungsrate oder Obergericht (je nachdem es sich um einen Verwaltungs- oder Justizbeamten handelt) oder beim Grossen Rate (wenn der Klageantrag gegen ein Mitglied des Regierungsrates oder des Obergerichtes oder gegen eine dieser Behörden als Gesamtheit gerichtet ist) die Verantwortlichkeitserklärung nachgesucht werden. Der Grosse Rat entscheidet nach Anhörung der Beteiligten zunächst über die Erheblichkeit der Klage. Spricht sich die Mehrheit des Rates für Nichterheblichkeit aus, so fällt die Klage

als gegenstandslos dahin, andernfalls wird dieselbe einer Kommission zur nähern Untersuchung überwiesen. Die Kommission giebt den Beteiligten Gelegenheit zur mündlichen oder schriftlichen Vernehmlassung und hat von Amtes wegen das zur Aufklärung der Sache nötige Aktenmaterial herbeizuschaffen.

Der Inhalt der Vorentscheidung geht auf die Feststellung der Frage, ob der Beamte sich einer Amtspflichtverletzung schuldig gemacht habe.

Die Wirkung der Vorentscheidung ist die, dass, je nachdem die Klage zulässig oder unzulässig ist; wenn sie jene Frage bejaht, so geht die Klage ihren Gang, als ob der Vorbehalt der Vorentscheidung für diesen Fall nicht bestünde. Das Hindernis, das der Klage im Wege stand, ist beseitigt. — Wird umgekehrt die Frage verneint, so ist der Rechtsweg ausgeschlossen, d. h. die Klage ist gesetzlich unzulässig. Das Gericht ist gebunden an die Vorentscheidung in dem Sinne, dass es bei aller weitern Tätigkeit von der Unzulässigkeit der Klage auszugehen hat.

Im Sinne obiger Ausführungen bestimmt Bern, V. G., § 48: „Bei nicht strafbaren Widerhandlungen gegen die Amtspflichten fällt sowohl die Erörterung der Frage, ob ein Schaden vorliege, als diejenige der Grösse desselben, ausschliesslich den Gerichten anheim. Die Erörterung über die Existenz einer Verletzung der Amtspflichten hingegen ist bei nicht strafbaren Pflichtverletzungen einzig Sache der kompetenten Administrativbehörden und die Zivilklage erst zulässig auf ein vorausgegangenes Erkenntnis, dass eine Verletzung der Amtspflichten vorliege.[1]

Das Bundesgericht hat in einem Urteil vom 16. Juni 1877 in Sachen Simmen c. Kanton Bern die Klage abgewiesen, weil nicht zuvor die Verantwortlichkeitserklärung des Beamten bei der Oberbehörde nachgesucht worden

[1] Vergl. Art. 17 der bernischen Staatsverfassung.

sei, welche allein kompetent sei, über die Frage zu urteilen, ob eine Amtspflichtverletzung vorliege.

Den nämlichen Wortlaut hat § 29 des thurgauischen Verantwortlichkeitsgesetzes.[1]

Luzern, V. G., § 32: „Findet der Grosse Rat den Regierungsrat pflichtwidriger Verwaltung des Staatsvermögens schuldig, so lässt er, sofern nicht freiwillig Vergütung geleistet wird, beim Bezirksgerichte Luzern eine Entschädigungsklage stellen. Das gleiche Verfahren ist einzuschlagen, wenn der Grosse Rat konstatiert hat, dass das Obergericht einer Verletzung der Verfassung, der Gesetze, einer Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung sich schuldig gemacht habe (§ 36 ff.).

§ 40. Findet der Regierungsrat oder Grosse Rat, dass durch einen verfassungs- oder gesetzwidrigen Beschluss des Erziehungsrates die Rechte und das Eigentum eines Beschwerdeführers verletzt worden sind, so haftet der Erziehungsrat dem Verletzten dadurch, dass diesem das Klagerecht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder je nach Umständen auch auf Schadenersatz bei den Gerichten zu eröffnen ist.

Hingegen hat das St. gallische Gesetz über Verantwortlichkeit der Mitglieder des Regierungsrates von 1833 im Art. 11 die Vorentscheidung den Gerichten überwiesen und zwar haben die Gerichte ausschliesslich zu untersuchen, ob in dem gegebenen Falle nach Art. 106 der Ver-

[1] Derjenige, welcher sich durch eine Handlung der Rekurskommission des Obergerichtes geschädigt glaubt, muss sich zunächst mit der schriftlichen Beschwerde an das Gesamtobergericht wenden, welchem allein der Entscheid zusteht, ob die privatrechtliche Schadensersatzklage zulässig sei. Der blosse Vorbehalt einer Partei, die Mitglieder der Rekurskommission für einen gefällten Entscheid verantwortlich zu machen, ist kein Ausstandsgrund, sondern es müsste bereits jene Beschwerdeschrift eingereicht worden sein. Entscheid des thurg. Obergerichtes im Rechenschaftsbericht desselben vom Jahre 1891, S. 22.

fassung der beklagte Teil sich der Verletzung von Verfassung oder Gesetzen oder der Veruntreuung oder pflichtwidrigen Verwaltung des Staatsvermögens schuldig gemacht habe und erkennen die Zurechnung, wenn dabei Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit stattgefunden hat."

Freiburg, V. G., Art. 6, Tessin, V. G., Art. 10, Waadt, V. G., Art. 24, Wallis, V. G., Art. 16, machen die Zivilklage gegen Staatsratsmitglieder ebenfalls von einer vorgängigen Spezialentscheidung des Grossen Rates über das Verschulden derselben abhängig.

Es ist aber allgemein wohl zu beachten, dass der Ausspruch der Verwaltungsbehörde über die Frage, ob der Beamte sich einer Verletzung der Amtspflicht schuldig gemacht, keine Entscheidung über das zivilrechtliche Verschulden des Beamten bedeutet, daher auch bei der Beurteilung der Frage der Entschädigungspflicht für das Gericht nicht von bindender Wirkung ist.

Die Vorentscheidung enthält nämlich durchaus nicht den Ausspruch, dass der beschuldigte Beamte gegenüber der Person des präsumtiven Klägers eine von ihm zu vertretende Rechtsverletzung begangen habe. Dazu bedürfte es noch des vom Zivilgerichte zu erlassenden Ausspruches, dass der Kläger den behaupteten Nachteil in Wirklichkeit erlitten und dass zwischen diesem Nachteil und dem durch die Vorentscheidung festgestellten Verschulden ein Kausalzusammenhang bestehe, abgesehen von andern dabei je nach Lage des Falles in Betracht zu ziehenden rechtlichen Gesichtspunkten.

Wenn demnach die Administrativbehörde ihren Entscheid dahin abgibt, dass der Beamte sich einer Amtspflichtverletzung schuldig gemacht, so handelt es sich nur um die Feststellung des dienstlichen Verschuldens; auf Grund dessen würde hienach das Gericht zu würdigen haben, ob das festgestellte Verschulden den Tatbestand

eines nach Zivilrecht die Entschädigungspflicht begründenden Verschuldens enthalte.

Das St. Galler Recht sieht ein Verantwortlichkeitsverfahren bei der vorgesetzten Behörde nur vor bezüglich der Kostenvertröstungsfrage. Nach Art. 5 des Verantwortlichkeitsgesetzes hat nämlich der Regierungsrat darüber zu entscheiden, ob dem Kläger die Anrufung des Richters ohne weiteres oder erst nach Sicherstellung der sämtlichen Kosten des Rechtsstreites in dem vom Regierungsrate vorläufig festzustellenden Betrage gestattet sei, worauf die Klage beim zuständigen Vermittleramt angehoben und im ordentlichen Rechtswege durchgeführt werden kann. Der Amtsbericht des Regierungsrates vom Jahre 1890 (S. 249) macht hiezu folgende zutreffende Bemerkung:

„Das Gesetz hatte wahrscheinlich eine andere Intention; es wollte offenbar den Regierungsrat ermächtigen, Klagen gegen Beamte zurückzuweisen, wenn sie ihm unbegründet erschienen; indessen glauben wir nicht, dass dies nach dem Wortlaut des Gesetzes zulässig wäre und halten deshalb dafür, dass man den Regierungsrat von dieser Entscheidungspflicht über die Frage der Kostenvertröstung füglich entlasten dürfte, ohne irgend welchen Nachteil für Publikum und Beamte."

Die übrigen kantonalen Verantwortlichkeitsgesetze haben von einer Vorentscheidung einer nicht richterlichen Behörde bezügl. der gerichtlichen Verfolgung der Beamten aus Amtshandlungen überhaupt abgesehen. Der Beamte hat gegen Entschädigungsklagen sich direkt vor dem Zivilgerichte zu verantworten.

Was sodann die Stellung der Verantwortlichkeitsklage gegen Betreibungs- und Konkursbeamte betrifft, die ja auch kantonale Beamte sind, so ist dieselbe nach einem grundsätzlichen Standpunkte des Bundesrates weder an die Erfüllung gewisser Formalitäten gebunden, noch darf sie von der Bewilligung einer Administrativ- oder Aufsichts-

behörde abhängig gemacht werden. Die Klage kann demnach gegen diese Beamte direkt und unmittelbar beim Gerichte angehoben werden.[1]

§ 3. Der Schutz des Beamten gegen den Missbrauch des Klagerechtes.

Man hat das Vorprüfungsverfahren aus Zweckmässigkeitsgründen zu rechtfertigen versucht, insbesondere aus dem Gesichtspunkte, dass der Beamte „gegen offenbar ungerechtfertigte Angriffe zu schützen sei". „Wenn der schuldige Beamte", schreibt Ziegler,[2] „rücksichtslos verfolgt werden soll, so hat anderseits der gewissenhafte Beamte ein Recht darauf, dass der Staat, für den er sich opfert, ihm Schutz angedeihen lasse. Es wird immer Leute geben, die in jedem Richter, der ihnen nicht dasjenige zuerkannt, was sie verlangen, einen parteiischen Richter erblicken und wenn sie einzig und allein durch ihren Eigensinn sich alle Nachteile selbst zugezogen hätten, so würden sie dennoch in allem nur Chikane und schreiendes Unrecht sehen. Diese Typen sind sofort mit der Klage bei der Hand. Soll nun der Beamte gar nichts anderes tun, als seine Zeit mit einfältigen Klagebeantwortungen vertrödeln? Ich sage nein! Irgend ein Voruntersuchungsverfahren im Sinne des französischen Rechtes soll der Zivilklage vorausgehen . . ."

Professor Schneider (Zürich) vertrat an der Versammlung des schweizer. Juristen-Vereins vom Jahre 1889

[1] Vergl. Bundesblatt 1891, Bd. I., pg. 372. — Amtsbericht des Regierungsrates des Kantons St. Gallen vom Jahre 1892, pg. 91; thurg. Einf.-Ges. zum Bundesgesetz über Sch. und K., § 5; Schaffhausen, Einf.-Ges., Art. 7.

[2] a. a. O., S. 559.

denselben Standpunkt, von dem Gedanken ausgehend: „Die Gefahr fortwährender Klagen wird die Energie der Beamten schwächen. Wenn auch der Beamte gegenüber ungerechtfertigten Klagen obsiegt, so wird doch schon die Aussicht auf die Mühen und Widerwärtigkeiten eines Prozesses einen Beamten in seiner Tätigkeit lähmen.[1]

Anderseits hat in der gleichen Versammlung Professor Meili (Zürich) das Vorprüfungsverfahren als eine Abweichung vom gemeinen Rechte bekämpft. Die Gerichte könnten ganz gut direkt angegangen werden.[2]

Wir schliessen uns der letztern Auffassung an. Der Satz: „Der Beamte ist haftbar für gesetzwidrige Amtshandlungen" und der andere Satz: „Der Beamte kann nur haftbar gemacht werden, wenn er zuvor von der vorgesetzten Behörde verantwortlich erklärt worden ist", widersprechen sich direkt, insofern, dass das, was der eine als Recht gewährt, im andern zur Vergünstigung wird.

Ist der Beamte für die Gesetzmässigkeit seiner Amtshandlungen verantwortlich, so darf dessen gerichtliche Verfolgung weder versagt noch erschwert und namentlich nicht von der Vorprüfung einer Verwaltungsbehörde abhängig gemacht werden. „Unter keinen Umständen", schreibt Dubs, „darf dem geschädigten Bürger die Beschreitung des Rechtsweges verweigert werden. Allerdings ist das in andern Staaten (z. B. in Frankreich) anders; man lässt die Klage des Bürgers nur zu, wenn die Oberbehörde des Beamten die Ermächtigung dazu giebt. Allein diese Theorie ist eines freien Staates unwürdig; sie erzieht ein Beamtenpersonal, das mehr darauf ausgeht, sich den Obern angenehm zu machen, als dem Gesetze zu gehorchen. Im alten Rom war jedem aus dem Volke gestattet, einen Beamten wegen Pflichtwidrigkeit beim Richter zu verklagen und

[1] Z. Sch. R., Bd. VII., N. F., S. 635.

[2] Daselbst S. 632.

zwar selbst noch ein Jahr lang nach dem Austritt desselben aus dem Amte (Popularklage). Dies ist das System, aus welchem der Ausdruck voll Selbstgefühl hervorging: „Civis Romanus sum!“ [1]

Wir haben bereits im historischen Teile ausgeführt, dass sowohl das römische wie das altdeutsche Recht den Grundsatz der freien unbehinderten Verfolgbarkeit des Beamten aufgestellt haben und dass auch die deutsche Reichsgesetzgebung denselben insofern zu dem ihrigen gemacht hat, dass die landesgesetzlichen Bestimmungen, wonach die Rechtsverfolgung der Beamten an den Vorentscheid einer Verwaltungsbehörde gebunden ist, auf die Reichsbeamten keine Anwendung finden.

„Jede Anordnung dieser Art“, schreibt Laband, „käme im praktischen Resultat auf eine teilweise oder eventuelle Justizverweigerung hinaus und widerspräche sowohl dem allgemeinen Rechtsbewusstsein des Volkes, als auch den ausdrücklichen Vorschriften der Reichsverfassung“.[2]

Ebenso hat die französische Jurisprudenz gegen das Erfordernis der Autorisation der höhern Verwaltungsbehörde zur zivilrechtlichen Verfolgung der Verwaltungsorgane (das System der sogenannten „garantie constitutionelle“) Stellung genommen. So schreibt Laurent:[3] „C'est une garantie contre des poursuites irréfléchies; mais ce qui est une garantie pour les fonctionnairs devient une entrave pour les citoyens“. In noch schärferer Weise drückt sich Toullier aus: „C'est une mesure tyrannique imaginée par le plus habile et le plus absolu des despotes; elle rend presque toujours illusoire la responsabilité des fonctionnaires“.[4]

[1] Dubs, a. a. O., S. 132.
[2] Laband, a. a. O., II., S. 354.
[3] Laurent, Principes du dr. civ. franç., Bd. XX., Nr. 50.
[4] Toullier, dr. civ. franç., Bd. VI., S. 151. Nr. 182.

Wenn wir indes auch im Sinne der bisherigen Ausführungen das Vorprüfungsverfahren einer nicht richterlichen Behörde grundsätzlich nicht unterstützen können, so anerkennen wir doch die Notwendigkeit, durch zweckdienliche geeignete Massnahmen der missbräuchlichen Benützung des Klagerechtes vorzubeugen.

Welcher Art diese Massnahmen sein möchten, mag verschiedener Beurteilung fähig sein. In partikularrechtlichen Gesetzgebungsarbeiten begegnen wir dem Gedanken, der Erhebung ungerechtfertigter Verantwortlichkeitsklagen durch Androhung geeigneter Strafen vorzubeugen.[1] Zweifellos würde eine bezügliche gesetzliche Bestimmung der Anstrengung leichtfertiger Verantwortlichkeitsprozesse einigermassen Abbruch tun, wenn auch ihre Wirkung auf die Zahl der unverbesserlichen Querulanten keine allzu grosse sein dürfte. Zur Einschränkung einer missbräuchlichen Benutzung des Klagerechtes würde es ferner führen, wenn man für die Verjährung der Ersatzklagen eine erhebliche Abkürzung der gewöhnlichen Verjährungsfrist eintreten liesse. Die Vermutung spricht dafür, dass eine Person, welcher ein wirkliches Unrecht zugefügt ist, nicht allzu lange Zeit verstreichen lassen wird, um von der Zivilklage gegen den Beamten Gebrauch zu machen.

Als weiteres Mittel wäre die Festsetzung eines hohen Gerichtskostenersatzes mit der Verpflichtung zur Kosten-

[1] S. z. B. Entwurf eines württemb. Gesetzes über die Syndikatsklage bei Haffner, a. a. O., S. 88 ff., Art. 13: „Wird die Syndikatsklage unter Verurteilung des Klägers in die Kosten verwiesen, so trifft denselben überdies noch eine Geldstrafe von 50 bis 150 Gulden, bei armen Parteien tritt an die Stelle dieser Geldbusse eine Gefängnisstrafe von 14 Tagen bis 4 Wochen."

Vergl. ferner § 41 des österreichischen Gesetzes vom 22. Oktober 1875 (Reichs-Gesetzblatt, XIII., Nr. 36), über Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes, wo Geldstrafen von 5 bis 1000 Gulden für „offenbar" mutwillige Beschwerdeführung verhängt werden.

vorlage in Erwägung zu ziehen. Um Härten zu vermeiden, müsste für die Bestimmung der Höhe der letztern dem zuständigen Gerichte ein gewisses arbiträres Ermessen eingeräumt werden.

Endlich würde zu erwägen sein, ob nicht durch geeignete prozessuale Massnahmen der missbräuchlichen Benutzung des Klagerechtes, wenn nicht in Bezug auf die Erhebung der Klage, so doch auf die Durchführung des Prozesses Einhalt getan werden könnte. In dieser Hinsicht dürfte es angezeigt sein, dem Gerichte die Befugnis einzuräumen, die Klage gleich nach der Einreichung einer gerichtlichen Vorprüfung in der Richtung zu unterziehen, ob der behauptete Schaden weder durch den Gebrauch von Rechtsmitteln noch auf sonstige gesetzlich zulässige Weise abgewendet werden könne, resp. bei nicht mehr abwendbarem Schaden, ob die geschädigte Partei die rechtzeitige Ergreifung solcher Mittel schuldhafter Weise unterlassen hat und die sofortige Abweisung der Klage auszusprechen, wenn das Vorhandensein bezügl. rechtlicher Hindernisse sich als evident ergeben sollte. Um die Vorprüfung zu erleichtern, müsste dem Kläger die Verpflichtung auferlegt werden, bestimmte Erklärungen darüber abzugeben, ob ihm noch Mittel der gedachten Art zu Gebote stehen, eventuell warum von dem Gebrauch derselben abgesehen wird, resp. ob er in der Lage war, sich solcher zu bedienen, eventuell aus welchen Gründen ihr Gebrauch unterblieben ist. — Ebenso würde zu erwägen sein, ob die Befugnis des Gerichtes nicht eine Ausdehnung dahin zuliesse, in dieser Vorprüfung die Klage auf ihre Haltbarkeit überhaupt zu untersuchen und bei Befinden ihrer offenbaren Unbegründetheit dieselbe gleichfalls a limine zurückzuweisen.[1]

[1] Vergl. Klewitz, a. a. O., S. 133.

§ 4. Die gerichtliche Zuständigkeit.

Schliesslich wäre noch die Frage zu erörtern, welches Gericht zweckmässigerweise mit der Entscheidung über die Ersatzklagen zu betrauen sei. Wie bei der Anwendung der Rechtsquellen, so achte man auch hier bei der Entscheidung der Kompetenzfrage zunächst wieder auf diesen Umstand, ob der beklagte Beamte als eidgenössicher oder kantonaler Staatsdiener gehandelt habe. (Vergl. S. 13.)

1. Das Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten hat diese Entscheidung sowohl bezüglich der von der Bundesversammlung als auch der vom Bundesrate gewählten eidgenössischen Behörden und Beamten dem Bundesgerichte in erster und letzter Instanz übertragen.[1] Richtet sich die Verantwortlichkeitsklage gegen ein oder mehrere Mitglieder des Bundesgerichtes, so wählt die Bundesversammlung die erforderliche Anzahl von ausserordentlichen Ersatzmännern, um die Rekusationsfragen und nötigerweise die Hauptsache zu beurteilen, eventuell wenn die Ersatzklage gegen das gesamte Bundesgericht angehoben ist, bestellt sie ein ausserordentliches Bundesgericht zur Verhandlung und Entscheidung.

2. Die kantonalen Rechte haben fast durchweg die Bestimmung, dass Ersatzklagen gegen Beamte und Behörden auf dem ordentlichen Rechtswege durchzuführen seien und zwar sind die Gerichte I. Instanz in der Regel auch zur Beurteilung von Ersatzklagen gegen den Regierungsrat und das Obergericht zuständig.

So bestimmt z. B. Art. 10 des St. Gallischen Gesetzes betreffend die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Regierungsrates: „Wenn auf Gutachten der Kommission

[1] Vergl. E. B. G., II., 513.

der Grosse Rat eine Klage bei dem bürgerlichen Richter beschliesst, so ist dieselbe erstinstanzlich bei dem Bezirksgerichte des Hauptortes einzuleiten, mit Zulassung der Weiterziehung an das Kantonsgericht und an die Kassationsbehörde nach allgemeiner gesetzlicher Bestimmung."

Luzern, V. G., § 32. Findet der Grosse Rat den Regierungsrat pflichtwidriger Verwaltung des Staatsvermögens schuldig, so lässt er, sofern nicht freiwillig Vergütung geleistet wird, beim Bezirksgerichte Luzern eine Entschädigungsklage stellen.

Das gleiche Verfahren wird eingeschlagen, wenn der Grosse Rat die Verantwortlichkeitserklärung über das Obergericht ausgesprochen hat.

Wallis, Art. 17. Diese Klage (gegen Staatsratsmitglieder) wird vor den Richter I. Instanz des Hauptortes gebracht und ist nach den Vorschriften des gewöhnlichen Prozessganges zu verfolgen.

Wir erachten es als eine bedenkliche Lücke der kantonalen Gesetzgebung, dass sie für die Beurteilung der Ersatzklagen gegenüber Behörden und Beamten höherer Ordnung, wie Regierungsrat und Obergericht, nicht den Gerichtshof zweiter Instanz, also das ordentliche oder ausserordentliche Kantonsgericht, zuständig erklärt hat. Es wäre ihre Kompetenz gewiss eine grössere Garantie, als wenn die in einem Unterordnungsverhältnisse stehenden Gerichte erster Instanz mit der Entscheidung betraut werden.

Nur zwei Kantone machen in dieser Hinsicht eine bemerkenswerte Ausnahme.

In Obwalden bildet gemäss Art. 8 des Verantwortlichkeitsgesetzes bei Zivilklagen gegen Regierungsrat und Obergericht in ihrer Gesamtheit eine vom Grossen Rate zu wählende Untersuchungskommission von 9 Mitgliedern den Gerichtshof, welcher in allen Beziehungen nach den Vorschriften des Zivilprozesses endgültig aburteilt.

Baselland, V. G., § 36, weist die Beurteilung der Verantwortlichkeitsklage gegen das Obergericht einem aussordentlichen Obergerichte zu, das vom Landrate aus seiner Mitte frei aus sämtlichen Ortsbürgern gewählt wird und nach den Formen der Zivilprozessordnung verhandelt.

Das gleiche Verantwortlichkeitsgesetz enthält in § 32 die Bestimmung: „Ist die Entschädigungsklage gegen ein Erstinstanzgericht als solches erhoben, so bezeichnet zu deren Verhandlung und Erledigung das Obergericht die für ähnliche Fälle zuständige Gerichtsstelle eines andern Bezirkes."

Wir erachten letztere Bestimmung nicht für zweckmässig. Den Aussprüchen koordinierter Gerichte kommt häufig kein grösseres Ansehen zu, als dem Ausspruche desjenigen Gerichtes, gegen welches die Klage gerichtet ist, auch muss das Gericht erster Instanz sehr häufig befangen erscheinen. — In den Fällen sodann, wo das erstinstanzliche Gericht dazu berufen ist, über das Verschulden eines höher gestellten richterlichen Beamten zu entscheiden, könnte die Unparteilichkeit desselben zum Schaden des Ansehens der Judicatur leicht in Zweifel gezogen werden.

Wir würden daher für angezeigt halten, die Kantonsgerichte mit der Entscheidung der Ersatzprozesse gegen Erstinstanzgerichte zu betrauen.

Aus den gleichen Gesichtspunkten hat z. B. das österreichische Gesetz [1] die Bestimmung getroffen, dass für Ersatzklagen gegen Erstinstanzgerichte derjenige Gerichtshof zweiter Instanz zuständig sei, in dessen Sprengel das Gericht seinen Sitz habe, von welchem die Rechtsverletzung ausgegangen sei; gemeint sind damit die Oberlandesgerichte.

Für die Fälle, dass der rechtsverletzende Akt von dem Kantonsgerichte selbst ausgegangen sein sollte, möchte es sich empfehlen, den Beteiligten die Befugnis zu gewähren,

[1] Gesetz vom 12. Juli 1872, § 8.

die Delegation eines ausserordentlichen Kantonsgerichtes zu verlangen, oder das Bundesgericht in erster und letzter Instanz für zuständig zu erklären.

Deutschland hat fast überall die Verwaltungsgerichte dazu berufen, Ersatzklagen aus rechtswidrigen Akten der Verwaltungsbehörden zu beurteilen, und zwar wird die Frage lebhaft in Erwägung gezogen, ob es nicht geraten erscheine, die Verwaltungsgerichte höherer Ordnung mit dieser Aufgabe zu betrauen.

Speiser[1] erblickt in der Institution der Verwaltungsgerichte überhaupt die richtigste Lösung für eine unparteiische und zugleich sachverständige, die öffentlichen Interessen berücksichtigende Rechtssprechung. Hingegen spricht gegen deren Einführung in den Kantonen der Umstand, dass bei uns die Vermehrung des Behördenapparates nicht gern gesehen wird und dass die Zahl der Persönlichkeiten, welche mit besonderer Sachkenntnis in allen Verwaltungszweigen ausgerüstet sind, in der Regel eine kleine sein würde. — Hingegen verdient der Gedanke des waadtländischen Gesetzgebers, ein Schiedsgericht mit der Entscheidung über Ersatzklagen zu betrauen, entschieden Billigung. Art. 27 des waadtländischen Gesetzes sur la responsabilité du Conseil d'Etat sieht nämlich vor, dass die Zivilklage gegen Mitglieder des Staatsrates an ein Schiedsgericht von 5 Mitgliedern zu weisen sei. Dasselbe wird folgendermassen bestellt: Kläger und Beklagter schlagen je vier Schiedsrichter vor, von denen die Gegenpartei wechselseitig je zwei eliminiert. Die übrig bleibenden vier Schiedsrichter wählen einen Obmann und wenn sie sich auf eine bestimmte Person nicht einigen können, so wird der Obmann vom Kantonsgerichtspräsidenten gewählt. Kein Mitglied des Schiedsgerichtes darf aus den Beamten der

[1] Die Verwaltungsrechtspflege in den Kantonen, Z. Sch. R., Bd. VIII., Seite 555.

Administation genommen werden. — Auf diese Weise ist den Parteien Gelegenheit geboten, die Verhandlung und Entscheidung der so wichtigen Frage der Beamtenverantwortlichkeit unabhängigen Männern von juristischer Bildung, autoritativer Bedeutung und gereifter Einsicht zu übertragen, deren Rechtssprechung meist mehr Garantie bietet, als die Entscheidung der erstinstanzlichen Gerichte. Wenn man einwenden wollte, dass diese Art der Regulierung der Zuständigkeit eine Schmälerung des Instanzenzuges und der Kompetenzen der ordentlichen Gerichte enthalte, so würde sich darauf mit den Motiven des österreichischen Gesetzes [1] nur erwidern lassen, dass „nicht in der wiederholten Entscheidung, sondern in der Qualität des zur Entscheidung berufenen Gerichtes" wesentlich die Gewähr für die Rechtssicherheit liegt.

Betreffend die örtliche Zuständigkeit für die Ersatzklagen gegen Beamte ist zu beachten, dass in jenen Kantonen, wo nicht ein eigenes Forum für dieselben geschaffen worden, der Richter des Wohnortes des Beklagten kompetent ist, da es sich um vermögensrechtliche Ansprüche handelt. Wo der Grundsatz des Adhäsionsprozesses anerkannt ist, kann aber der Anspruch auch adhäsionsweise mit der Strafklage beim kompetenten Strafrichter geltend gemacht werden, wenn dieser an sich für die Zivilklage auch örtlich nicht hompetent [2] wäre.

Wird jedoch die Ersatzklage gesondert eingebracht, so gilt nur das Forum domicilii (und zwar nur das Zivil-

[1] Motive, S. 24.

[2] Von einer gerichtlich interessanten Verbindung der Zivil- und Strafklage erzählt der „Wahrhaft gründlich und eigentliche Bericht des Standes Zug wegen ausgefällten Urteilen über einige Ratsglieder, welche wider ihre zu dem Stand tragende Pflichten gehandelt haben", in der berühmten Salzaffaire (ed. Zug, 1766).

gericht) des Beklagten als zur Beurteilung kompetent gemäss Art. 59 der Bundesverfassung.[1]

Tritt ein Kanton als Kläger auf, so ist nach Art. 110, Ziff. 4, der Bundesverfassung und Art. 27, Ziff. 4, des Bundesgesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege v. 27. Juni 1874 das Bundesgericht kompetent, wenn der Streitwert wenigstens Fr. 3000. — beträgt. In einem Falle hat das Bundesgericht die Einrede des Kantons St. Gallen gegen die Kompetenz des Bundesgerichtes, auf die sich die beklagten st. gallischen Beamten beriefen, verworfen, indem nicht gesagt werden könne, Art. 110, Ziff. 4, Bundesverfassung, treffe nicht zu, weil die Beklagten nicht als Private, sondern als Beamte belangt werden — denn jede auf Bezahlung einer Geldsumme gerichtete Klage könne den Beamten nur als Privatperson treffen, da der Beamte als solcher nicht Subjekt von Vermögensrechten sein könne.[2]

[1] Vergl. E. B. G., V., 301, IX., 142, und Urteil des Appellationsgerichtes von Baselstadt vom 12. Juli 1888 in der Z. Sch. R., Bd. 31, S. 17.

[2] E. B. G., VI., 47.

Schlusswort.

Die Ergebnisse der Arbeit.

Jeder Beamte ist für die Gesetzmässigkeit seiner amtlichen Handlungen verantwortlich.

Für die aus eigener Initiative hervorgehenden Amtshandlungen ist der Beamte vollauf verantwortlich, weil ihm ein unbeschränktes Recht zusteht, die Gesetzmässigkeit seiner amtlichen Handlungen zu prüfen.

Für den auf höheren Befehl handelnden Beamten ist der Begriff der „rechtmässigen Ausübung des Amtes" definiert durch die Pflicht, den Befehl seines Vorgesetzten nach der Seite des ordnungsmässigen Erlasses, der allgemeinen Zuständigkeit des Befehlenden und der eigenen, allgemeinen Kompetenz zu prüfen. Darüber hinaus in eine materielle Prüfung des Befehles einzutreten und von dieser die Ausführung desselben abhängig zu machen, ist er weder verpflichtet noch berechtigt. Der Beamte haftet nicht für die materielle Uebereinstimmung des erhaltenen Befehles mit dem Gesetze, sondern für dessen formelle Verbindlichkeit.

Regel ist die völlig persönliche Verantwortlichkeit des Beamten für allen Schaden, den er in Ausübung seiner amtlichen Verrichtungen vorsätzlich oder fahrlässig dem Privaten oder dem Staate verursacht hat. Es ist gleich-

bedeutend, ob die Amtspflichtverletzung in einem positiven Handeln oder in der Unterlassung einer obliegenden Pflicht lag.

Im eidgenössischen Obligationenrechte, besonders in dessen Art. 50 ff., 110 ff., besitzen wir eine genügende gesetzliche Grundlage für Beantwortung sämtlicher Fragen, die mit Hinsicht auf die zivilrechtliche Beamtenverantwortlichkeit aufgeworfen werden können, handle es sich um die Verantwortlichkeit dem Staate gegenüber, handle es sich um die Verantwortlichkeit Drittpersonen gegenüber (also auch für die Lösung der Regressfragen).

An Stelle dieser allgemeinen Normen andere zu setzen, durch welche die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten entweder gemildert oder verschärft würde, halten wir nicht für gerechtfertigt.

Durchschlagende Gründe können weder für eine Milderung, noch für eine Verschärfung vorgebracht werden.

Wir teilen ferner nicht die Ansicht, dass für richterliche Beamte eine „mildere" Verantwortlichkeit einzuführen sei. Wir erinnern an früher Gesagtes: „Stehen dem Geschädigten Rechtsmittel zur Verfügung und macht er von denselben keinen Gebrauch, so wird — abgesehen von dem Fall der strafrechtlich verfolgten Rechtsbeugung — die Verantwortlichkeitsklage kaum mit Erfolg gegen den Richter angehoben werden können.

Dem Grundsatze der Verantwortlichkeit des Beamten für die Gesetzmässigkeit seiner amtlichen Handlungen wird in einem Rechtsstaate durch die prinzipielle Befreiung der gerichtlichen Verfolgbarkeit desselben von besonderen landesgesetzlichen Bestimmungen praktische Wahrheit gegeben.

Wünschenswert erscheint daher die Aufhebung jener Bestimmungen der Bundes- und Kantonalgesetzgebung, welche die zivilrechtliche Verfolgung öffentlicher Beamter

aus rechtswidrigen Amtshandlungen an die Vorentscheidung einer Administrativbehörde gebunden haben.

Damit hat das Schweizerische Recht die Fundamentalforderung des Rechtsstaates, die Verantwortlichkeit der Beamten für die Gesetzmässigkeit ihrer Amtshandlungen und die freie gerichtliche Verfolgbarkeit derselben wegen seiner Amtsverletzungen erfüllt.

INHALT.

Einleitung.

Begrenzung der Aufgabe . . . . . Seite 5
Die Schweizerischen Rechtsquellen . . . . . „ 9

I. Abschnitt. — Materiellrechtlicher Teil. — Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten . . . . . „ 19

I. Kapitel. — Die juristischen Grundlagen der Beamtenverantwortlichkeit . . . . . „ 19

§ 1. Die rechtliche Natur des Beamtenverhältnisses . „ 21
1. Begriffe des Beamten, der Behörde und der Angestellten . . . . . „ 21
2. Juristischer Charakter des Beamtenverhältnisses „ 30
3. Konsequenzen . . . . . „ 35

§ 2. Charakter der Rechts- und Gesetzmässigkeit der Amtshandlungen . . . . . „ 37
1. Vorbemerkung . . . . . „ 37
2. Die Amtshandlung . . . . . „ 38
3. Recht und Pflicht zur Prüfung der Rechtmässigkeit einer Amtshandlung . . . . . „ 43
4. Widerrechtlichkeit . . . . . „ 50
a) Kriterium der Widerrechtlichkeit . . . „ 51
b) Widerrechtlichkeit bei Ausübung eines Rechtes „ 58
c) Widerrechtlichkeit bei Funktionen richterlicher Natur . . . . . „ 60

II. Kapitel. — Die Schuldfrage . . . . . „ 63

§ 1. Vorsätzliches Handeln (dolus) . . . . . „ 63
§ 2. Grobe Fahrlässigkeit (culpa lata) . . . . „ 66
§ 3. Jegliches Verschulden (omnis culpa) . . . „ 71
§ 4. Relativer Massstab des Verschuldens (culpa in concreto) . . . . . „ 77
§ 5. Bedeutung des Irrtums für die Schuldfrage . . „ 79
§ 6. Verschulden auf dem Gebiete der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit . . . . . „ 81
§ 7. Mitverschulden . . . . . „ 102

III. Kapitel. — Die Schadenfrage . . . . Seite 103
§ 1. Verursachung des Schadens (Kausalzusammenhang) . . . . . „ 103
1. Allgemeines . . . . . „ 103
2. Kausalität bei Unterlassungen . . . „ 109
3. Kausalität bei konkurrierendem Verschulden des Geschädigten . . . . . „ 111
§ 2. Umfang des Schadenersatzes . . . . „ 118
§ 3. Schadensvertretung . . . . . „ 128
1. Die Selbstschuldnerschaft . . . . „ 128
2. Haftung pro rata oder Solidarhaft . . „ 130
3. Richterliches Ermessen . . . . . „ 142
§ 4. Der Schadenersatzanspruch . . . . „ 142
1. Die Vererbung . . . . . „ 142
2. Die Verjährung . . . . . „ 144
3. Befreiung durch Genehmigung der Geschäftsführung . . . . . „ 150
4. Sonstige Befreiungsgründe . . . . „ 154

II. Abschnitt. — Formellrechtlicher Teil. — Die zivilrechtliche Verfolgbarkeit der Beamten aus rechtswidrigen Amtshandlungen . . . . . „ 155
§ 1. Die allgemeinen historischen Grundlagen . . „ 157
§ 2. Die zivilrechtliche Verfolgbarkeit der Beamten nach schweizerischem Rechte . . . . „ 164
§ 3. Der Schutz des Beamten gegen den Missbrauch des Klagerechtes . . . . . „ 171
§ 4. Die gerichtliche Zuständigkeit . . . . „ 176

Schlusswort.
Die Ergebnisse der Arbeit . . . . . „ 182

Berichtigungen.

Seite	16,	Zeile	20	von	oben,	statt	comiglio	zu lesen consiglio.
„	21,	„	7	„	unten,	„	Beziehungen	„ „ Bezeichnungen.
„	39,	„	7	„	oben,	„	richtig	„ „ nichtig.
„	78,	„	13	„	„	„	insolvieren	„ „ involvieren.
„	83,	„	6	„	unten,	„	Formalprozess	„ „ Formularprozess.
„	91,	„	6	„	„	„	Safficienz	„ „ Sufficienz.
„	101,	Anm.	2,			„	Verzugsrecht	„ „ Vorzugsrecht.

Buchdruckerei
J. G. CAVELTI-HANGARTNER
Gossau (Kt. St. Gallen).